

Carlos Alberto Simões de Tomaz

**ALOPÓIESE DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS. VALIDAÇÃO DE
PROCEDIMENTOS EXTRADOGMÁTICOS EM DECORRÊNCIA DE NOVOS
PARADIGMAS NAS CONCEPÇÕES DE DIREITO E DE SOBERANIA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de mestre em Direito das
Relações Internacionais do programa de mestrado do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Rossini Corrêa

Brasília/DF
2005

Meu agradecimento especial a Emmanuelle Batista Peixe e à Biblioteca Ministro Adhemar Maciel do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na pessoa de seus servidores, pela presteza no desempenho de suas funções e colaboração indispensáveis à elaboração deste trabalho.

Aprendemos a voar como pássaros e a nadar como peixes, mas não aprendemos a viver como irmãos.

Martin Luther King, Jr.

RESUMO

Nesta dissertação conclama-se por uma visão extradogmática do Direito havida a partir da teoria da *alopoiese* jurídica. Sob este pressuposto, serão validados procedimentos extradogmáticos da realidade estatal e internacional voltados para imprimir efetividade aos Direitos Humanos, como o caráter *ius cogens* das normas gerais de Direito Internacional e a fundamentabilidade dos direitos humanos consagrados em tratados; a paradiplomacia – irrompimento de relações internacionais por governos locais (não-centrais); o cumprimento direito – sem carta rogatória – entre Estados fronteiriços (paradiplomacia judiciária); e a incorporação ao sistema jurídico pátrio do Estatuto do Tribunal Penal Internacional – TPI. A validade destes procedimentos, desprovidos de embasamento normativo, portanto, escapando dos limites do dogmatismo clássico, encontra-se erigida em decorrência de novos paradigmas nas concepções de Direito e de Soberania erigidas sob o manto de um interacionismo dos sistemas social, político e econômico, que cria o espaço propício para a participação de novos agentes no cenário estatal e internacional, que sob o influxo do fenômeno da expansão ascendente do poder ensejam o aparecimento de novos pólos de produção normativa, rompendo, com isso, com o monopólio estatal de criação e aplicação do Direito, tudo em defesa do princípio da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVES: Direito, soberania, direitos humanos, estado de direito, democracia, relações internacionais, dogmática jurídica, *autopoiese*, *alopoiese*, *ius cogens*, paradiplomacia e Tribunal Penal Internacional.

ABSTRACT

In this work, from new paradigms in the concepts of constructed right and sovereignty as estimated alopiesse legal, is intended to validate extradogmaticos procedures as the character “ius cogens” of the general norms of international law, the paradiplomacy – international relations for local governments, not-central offices – and the in incorporation to the Brazilian legal system of the Statute of Rome of International Criminal Court. All the analysis is turned to effectiveness to the principle of the dignity of the person human being.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. A EXPERIÊNCIA DO ESTADO E DO DIREITO NOS PARADIGMAS DO ESTADO LIBERAL, SOCIAL E DEMOCRÁTICO: AS BASES PARA COMPREENSÃO DO ESTADO E DO DIREITO NO TERCEIRO MILÊNIO.....	15
2. O PODER E A SOBERANIA.....	28
3. O PODER HEGEMÔNICO E O FORTALECIMENTO DE UM ESTADO CENTRALIZADOR, BUROCRÁTICO E TECNOCRATA COMO TENDÊNCIAS EM DESCOMPASSO COM O IDEAL DEMOCRÁTICO.....	36
4. ALOPOIESE JURÍDICA PARA ENSEJAR A COMPREENSÃO E VALIDAÇÃO DE PROCEDIMENTOS EXTRADOGMÁTICOS NO ÂMBITO DO DIREITO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS	44
5. O CARÁTER <i>IUS COGENS</i> DAS NORMAS GERAIS DE DIREITO INTERNACIONAL E A FUNDAMENTABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS CONSAGRADOS EM TRATADOS.....	57
5.1. OS PARÁGRAFOS 1º E 2º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	68
6. A PARADIPLOMACIA - IRROMPIMENTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS POR GOVERNOS LOCAIS (NÃO-CENTRAIS).....	77
6.1. CARACTERIZAÇÃO GERAL DA FEDERAÇÃO. O PRINCÍPIO FEDERATIVO. O PRINCÍPIO UNITÁRIO. O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE.....	79
6.2 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA PARADIPLOMACIA NAS CONSTITUIÇÕES DA ALEMANHA, ÁUSTRIA, BÉLGICA, SUÍÇA E ARGENTINA	84
6.2.1 A <i>paradiplomacia institucional alemã</i>	85
6.2.2 A <i>paradiplomacia institucional austríaca</i>	88
6.2.3 A <i>paradiplomacia institucional belga</i>	90
6.2.4 A <i>paradiplomacia institucional suíça</i>	91
6.2.5 A <i>paradiplomacia institucional argentina</i>	93
6.3 A PARADIPLOMACIA NÃO INSTITUCIONALIZADA.....	94
6.4 A PARADIPLOMACIA NÃO INSTITUCIONALIZADA NO BRASIL	97
6.5 PARADIPLOMACIA JUDICIÁRIA?	109
6.5.1 “ <i>Governo</i> ”: <i>Acepções operacionais do termo</i>	110
6.5.2 <i>Manifestação da paradiplomacia judiciária: cumprimento direto – sem carta rogatória – entre Estados fronteiriços. Outro procedimento extradogmático</i>	113
6.5.3. <i>Um tímido avanço: o Protocolo de Las Leñas</i>	121
7. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL - TPI E A CONSTITUIÇÃO	129

7.1 METAMORFOSE NO CONCEITO DE SOBERANIA. A SOBERANIA COMPREENDIDA COMO QUALIDADE DO PODER DO ESTADO ENTRELACADA EM RELAÇÕES DE INTER-REFERÊNCIAS PARTINDO DO SISTEMA JURÍDICO PARA O SISTEMA SOCIAL, POLÍTICO E ECONÔMICO	131
7.2 O EXERCÍCIO DA SOBERANIA EM REDE. A ATUAÇÃO DE NOVOS AGENTES. UMA NOVA CONSTELAÇÃO: A IMPRIMIDA PELA JURISDIÇÃO COMPLEMENTAR DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL – TPI, PRODUTO DA ATUAÇÃO INTER-REFERENTE DA SOBERANIA, CRIANDO UM SISTEMA NORMATIVO GARANTIDOR HETERO-PRODUTIVO	134
7.3 CONFORMAÇÃO DO NOVO SISTEMA NORMATIVO DE GARANTIA COM O SISTEMA INTERNO BRASILEIRO: O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A CONSTITUIÇÃO. O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE.....	140
CONCLUSÃO.....	156
BIBLIOGRAFIA	167

INTRODUÇÃO

A maior parte dos manuais de Direito Constitucional, Ciência Política ou Teoria Geral do Estado ainda palmilham o caminho de explicar o Estado dentro de uma visão compreensiva de seus elementos constitutivos. Para tanto, conduzem o leitor para perceber a idéia de território, povo e poder, e o Estado como a unidade resultante da incidência de um ordenamento jurídico sobre estes três elementos constitutivos. Realçam uns, a soberania como uma qualidade do poder e outros como um quarto elemento constitutivo. Essa vertente, que parte do pressuposto que o desconhecimento do todo tem causa no desconhecimento das partes, conquanto legítima, sobretudo para propiciar o início daqueles que vão se aventurar pelo campo das ciências jurídicas e políticas, não tem, todavia, conseguido expressar em sua inteireza o fenômeno estatal. Não é à toa que outras vozes já proclamam a existência de um quarto elemento constitutivo que seria a finalidade¹, ampliando, com isso, o espectro de compreensão da realidade que é o Estado, quando se divisa que aquela unidade deve estar voltada para a consecução de determinadas finalidades ou objetivos previamente concebidos.

Mas, se se indagar dos operadores do Direito o que é o Direito e o que é o Estado, certamente a maioria esmagadora remontará às formulas sintéticas gravadas nos manuais que remetem o Direito a um conjunto de normas impostas coercitivamente a observância de todos e que o Estado é a nação politicamente organizada sob o mando de um poder central.

¹ Conferir, entre nós, Dalmo de Abreu Dallari in Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 61 e 87.

A percepção eidética, ou ainda existencial e funcional do Estado não se comporta, em sua plenitude, com a explicação de seus elementos constitutivos, requer, antes, a compreensão do processo histórico que levou à sua formação e a constatação de como, hodiernamente, projeta-se a experiência do Direito e, via de consequência, a experiência do Estado. Enfrentar essa experiência num mundo globalizado revelará que as ações se bipartem sob duas grandes vertentes: a primeira, que resulta na confirmação de um poder hegemônico exercitado sem a interferência de regramentos superiores e que se diz democrático; e a segunda, na resistência a este poder num espaço de defesa em prol da dignidade da pessoa humana, do desenvolvimento, da própria democracia e da paz.

Divisar caminhos para serem palmilhados no espaço dessa segunda vertente, sobretudo rompendo as “linhas de fraturas” entre o Direito Constitucional, o Direito Internacional e as Relações Internacionais, é o objetivo desta dissertação que terá como pressuposto filosófico a teoria da *alopoiese* jurídica, ao escopo de justificar procedimentos extradogmáticos no âmbito das relações internacionais voltados para imprimir fundamentabilidade aos direitos humanos e eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O caminho a ser percorrido alia-se ao daqueles que vêem a dimensão dos direitos humanos “sob uma concepção histórica, pluralista, dialética, substantiva e inesgotável, como canais referenciais de um código aberto e cálido, cuja mensagem prospectiva convoque, em sua imediata e desafiadora tessitura, emissores e receptores ao enfrentamento reformista e construtivo da incessante tarefa comum.” (CORRÊA, 2004, p. 86).

A esse desiderato, o estudo passará, primeiro por uma análise da experiência do Estado e do Direito nos paradigmas do Estado liberal, social e democrático a fim de bem

posicionar as bases da compreensão do Estado e do Direito no terceiro milênio. O objetivo será traçar uma rápida radiografia da fundamentabilidade dos direitos humanos desde a concepção liberal até a democrática equacionando a passagem da *liberdade-autonomia* para a *liberdade-participação* no âmbito da qual vicejará a subsidiariedade participativa, locomotiva dos trilhos que guiam o caminho para a democracia material.

Tendo-se presente que se buscará enfrentar procedimentos extradogmáticos no âmbito do direito das relações internacionais, dentro de uma visão, portanto, material, histórica, pois, sociológica do direito e das relações internacionais, o poder e a soberania serão enfrentados para, ao lado da compreensão clássica de tais fenômenos, divisar uma concepção realmente funcional, eidética, que permita divisar novos paradigmas nos conceitos de direito e de soberania havidos, é bem verdade, numa preconizada harmonia entre as posturas realista e idealista das relações internacionais.

Em terceiro plano, como hipótese de trabalho, a teoria da alopoiese jurídica é apresentada para ensejar a compreensão da ruptura do paradigma dogmático, a fim de que se possa enfrentar novas concepções de direito e de soberania erigidas em terreno extradogmático, que se julga inteiramente apropriadas a validar procedimentos extradogmáticos praticados não apenas pelo Estado, mas igualmente por outros agentes no cenário nacional e internacional. Para tanto, a concepção de Luhmann, que considera o direito um sistema autopoietico partindo da teoria da autopoiese biológica formulada por Maturana e Varela é trazida a lume. Dela, todavia, ousa-se estabelecer um parcial afastamento à guisa exatamente de adequar a concepção ao direito da modernidade periférica, como no caso do Brasil, e por isso palmilhar-se-á a vereda da alopoiese jurídica, louvando-se, em parte, do pensamento de Marcelo Neves.

O objetivo não será outro senão na esteira do pensamento de João Maurício Adeodato, divisar um novo viés para o desenvolvimento do fenômeno jurídico, trazendo ao tradicionalismo dogmático novas tendências, práticas e alternativas, que fomentem novos paradigmas na concepção de Direito e da soberania, portanto do próprio Estado. Tais práticas revelam procedimentos extradogmáticos voltados para estabelecer na realidade em que vivemos uma nova estrutura do Estado, bem como, igualmente, uma nova manifestação do Direito.

Na quarta parte, o exame de alguns procedimentos extradogmáticos ensejará a validação das novas concepções de direito e de soberania que se constituem as premissas deste trabalho. Com efeito, serão analisados: o *ius cogens* como fonte do Direito Internacional e a fundamentabilidade dos direitos humanos consagrados em tratados; a paradiplomacia - irrompimento de relações internacionais por governos locais (não-centrais); o cumprimento direto – sem carta rogatória – entre Estados fronteiriços; e a incorporação ao sistema jurídico pátrio do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

No primeiro caso, a aceitação de normas de Direito Internacional sobrepondo-se a normatividade interna do Estado e impondo-se de forma obrigatória, prescritiva e, portanto, cogente, pressupõe, obviamente, que se supere a barreira da soberania absoluta e daí porque a necessidade de se estabelecer um novo paradigma para o conceito de soberania. Tais normas, decorrem do princípio dignitário e visam, como se verá, a sua efetividade. Aqui, por ser absolutamente pertinente, será enfrentada a fundamentabilidade dos direitos humanos previstos em tratados e a hegemonia de tais normas sobre o direito interno a fim de assegurar sua eficácia.

O segundo procedimento a ser enfrentado é pouco tratado no direito brasileiro, registrando-se apenas a única obra de José Vicente da Silva Lessa. Trata-se da paradiplomacia: a

prática, até mesmo contra disposição constitucional, de governos locais deflagrarem relações internacionais a fim de melhor implementar suas políticas sociais em razão da impotência dos governos centrais, geralmente burocráticos e centralizadores. Do inovador trabalho daquele diplomata, apresentado no XLIV Curso de Altos Estudos do Itamaraty, foi apanhada a base de dados onde se verifica a expansão da paradiplomacia na federação brasileira mesmo ante a existência de disposição constitucional que defere a competência para relações internacionais ao governo central. Todavia, de sua conclusão esta dissertação se afastará na exata medida em que aquele trabalho defenestra a paradiplomacia tida como procedimento inconstitucional dentro de uma visão classicamente dogmática do Direito. Aqui, ao contrário, o procedimento será validado à vista de uma concepção alopoiética do Direito em defesa do princípio dignitário.

O terceiro procedimento extradogmático a ser enfrentado diz respeito ao cumprimento direto, sem carta rogatória, entre Estados fronteiriços. Defende-se, neste tópico, a possibilidade de juízes de fronteiras cumprirem diligências sem a necessidade do procedimento da rogatória a fim de impor rapidez aos processos, o que beneficiaria sobretudo o combate ao crime organizado, especialmente o narcotráfico, sem falar nos benefícios que poderiam advir em defesa da tutela do meio ambiente. Essa proposição permite concluir pela existência de uma paradiplomacia judiciária, ou seja, a possibilidade de relacionamento visando à prática de atos processuais entre órgãos judiciários locais sem o crivo do órgão judiciário central e sem intermediação da Chancelaria do Estado. Nesse sentido, será enfrentado o Pacto de Las Leñas, firmado entre os países do Mercosul e voltado para simplificação de procedimentos judiciais, o que revelaria um tímido avanço rumo à paradiplomacia judiciária.

Por último será examinada a incorporação ao Direito brasileiro do Tratado de Roma do Tribunal Penal Internacional – TPI, que apenas pode ser cogitada ao se considerar os novos paradigmas do Direito e da soberania sustentados como hipótese de trabalho. Efetivamente, conceber-se o Tribunal Penal Internacional como um novo centro de normatividade, a partir da inter-referência de soberanias, que cria um direito heteroprodutivo, produto de inter-referências, ou, em outras palavras, do compartilhamento de várias soberanias, é o caminho que pode conduzir à compatibilidade com a Constituição brasileira de institutos previstos naquele tratado como a prisão perpétua, a entrega de nacionais para julgamento pelo Tribunal Penal Internacional e a imprescritibilidade dos crimes. Mais uma vez, a visão extradogmática do Direito vem amparada em novas técnicas, como por exemplo a ponderação principiológica, à guisa de divisar-se alternativas de superar um conflito de normas, tudo de forma a responder a novos modelos, novos paradigmas e mesmo, no dizer de Adeodato, novos estímulos da vida, que em nome da dignidade da pessoa humana, justificam, sem dúvida, o rompimento que se propõe na estrutura científica do Direito.

O exame de tais procedimentos revelará uma dimensão alopoiética do Direito. Dentro desse novo paradigma, todavia, ver-se-á que o equacionamento desses procedimentos extradogmáticos deve voltar-se para garantia da eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, cuidando para que a abertura do Direito a inter-referências, no dizer de Luhmann, com o meio-ambiente (meio-circundante), deve-se processar de tal modo a não permitir o aniquilamento total do seu código binário (lícito/ilícito), o que ocorreria com a sobreposição dos códigos binários de outras ciências como no caso da economia (ter/não ter) ou da política (poder/não poder), e conduziria à autofagia do próprio Direito.

Afastando-se de uma visão exclusivamente dogmática, e, entendendo-se que os códigos binários da economia e da política podem ser – e são – trazidos para o Direito mercê de inter-referências, que a seu turno criam outras esferas de criação e aplicação normativas (heteroprodutivas) ao lado do Estado, que perde, com isso, o monopólio da criação e aplicação normativa, divisar-se-á, sem maiores dificuldades, que a experiência jurídica não se perfaz exclusivamente a partir do código de referência *lítico/ilícito*, impondo, a partir daí, guardada a procedimentos extradogmáticos voltados para fundamentabilidade e eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Enfim, a última parte da dissertação volta-se para o estabelecimento de conclusões a partir da validação das hipóteses de trabalho.

1. A EXPERIÊNCIA DO ESTADO E DO DIREITO NOS PARADIGMAS DO ESTADO LIBERAL, SOCIAL E DEMOCRÁTICO: AS BASES PARA COMPREENSÃO DO ESTADO E DO DIREITO NO TERCEIRO MILÊNIO

Equacionar os problemas da agenda mundial do século XXI pressupõe, sem dúvida, uma investigação em torno dos postulados filosóficos que empreenderam a experiência do Estado e do Direito desde o Estado liberal. Nesta dissertação, procede-se a um corte epistemológico em torno do Estado, para enfrentá-lo apenas a partir do surgimento do Estado de Direito Liberal, sob o fortalecimento do Estado-Nação. Não se quer, com isso, imprimir menor relevância às experiências vividas pela sociedade anteriormente, que consagraram Estados de organização consideráveis, como a civilização egípcia, a mesopotâmica, o império persa, as cidades gregas e o império romano, entre outras. O marco encontra razão de ser em face do fenômeno da racionalização do poder, com o surgimento do Estado liberal burguês, a partir de quando o monarca não mais exercia o poder sob o influxo da vontade divina, não mais inteiramente por vontade própria, mas sob a vontade de normas jurídicas escritas, que limitavam o seu exercício. É dizer, o poder se tornou produto da razão limitado em normas, retirando o monarca do campo do absolutismo para submeter sua vontade à lei. A partir daí, pode-se cogitar, de fato, de uma dicotomia entre Estado e Direito. O Estado passa a ser a fonte de criação e aplicação normativas voltada a limitar o poder real.

Percebe-se, desde aí, o quanto intimamente vinculadas estão as idéias de Direito e de Estado. Sem penetrar na discussão deflagrada por Kelsen (1992, p. 184), para quem “O Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica...”, daí porque

entende que “...o Estado pode ser juridicamente compreendido como o próprio Direito” (KELSEN, 1979, p. 424), não se pode perder de vista que a experiência do Estado encontra-se visceralmente ligada à experiência do Direito. Decorrendo, assim, a concepção advinda a partir do Estado de Direito Liberal, ou seja, a de que o Direito limita a atuação do Estado.

Descrevendo a ordem medieval, cuja derrocada ensejou o absolutismo no poder, que irromperia, mais tarde, no Estado Liberal de Direito, Crossman (1980, p. 19) assinala que:

“O homem medieval encontrava-se preso ao país em que vivia. Os caminhos da época estavam muito piores do que tinham sido durante o Império Romano, e seu comércio confinava-se, maior parte dos casos, ao mercado local. A economia da época, eminentemente agrícola, limitava-se a satisfazer às necessidades da vizinhança e as cidades dependiam dos distritos camponeses mais próximos a ela, para conseguir sua alimentação. O sistema feudal foi a expressão natural desta economia agrícola localizada. Um governo central poderoso carece de comunicações rápidas. Quando estas comunicações faltam, o governo descentraliza-se automaticamente, e cai nas mãos dos proprietários agrícolas locais. O monarca era considerado, quando muito, como um tribunal de apelação e, no pior dos casos, como um senhor feudal a mais, entre os senhores feudais. Por este motivo, na Idade Média, foi-se construindo gradualmente uma magnífica hierarquia de classes sociais, em que cada grau devia direta obediência ao grau imediatamente superior, e só a nível secundário devia obediência aos mais altos. Esta pirâmide social da obediência, era ao mesmo tempo uma pirâmide baseada nos direitos de propriedade e em outras obrigações. Teoricamente, o rei possuía tudo; na prática, tinha entregue a maior parte da terra aos barões e senhores, em troca de determinados serviços. Estes barões e senhores, por sua vez, subarrendavam parcelas dessas terras recebidas do rei aos imediatamente abaixo, também em troca de serviços prestados, até que, ao fim, encontramos o servo, com uma infinidade de obrigações e pouquíssimos direitos. Em uma sociedade como a que acabamos de descrever, a lei reduzia-se a uma questão de costume e de tradição. A centralização somente poderia beneficiar às classes mais baixas, ao passo que, para a nobreza territorial, esta forma de governo aparecia como ameaça perigosa do poder real aos seus privilégios e direitos.”

Com efeito, o homem, aqui, identificado como servo, via-se na mesma condição que os escravos das civilizações antigas, é dizer: como núcleo de irradiação apenas de

deveres, submetido, na verdade, não apenas a uma, mas, a três esferas de poder, pois, efetivamente, na ordem medieval podia-se divisar ao menos três núcleos bem definidos de poder: o poder do monarca, o poder dos senhores feudais e o poder da Igreja Católica. A estabilização desta estrutura, quer no plano econômico, a fim de assegurar a economia inteiramente doméstica, quer no plano político, a fim de garantir o poder real, passava por um emaranhado de interesses onde a figura da Igreja aparece com imissão não apenas no campo espiritual, como igualmente no âmbito do poder temporal. Crossman (1980, pp. 19 – 20) prossegue retratando esta fase asseverando que:

“A estabilidade de uma sociedade feudal depende do poder dos senhores para manter a ordem no país, combatendo de imediato os avanços do poder real. Por outro lado, o rei não podia aumentar seu poder, a não ser se apoiando nos servos contra seus senhores imediatos, o que não era muito fácil. Outra opção do rei seria fazer alianças com outro grupo social, onde não houvesse senhores nem servos. Se um grupo semelhante a este surgisse em alguma ocasião, o sistema feudal rachar-se-ia a partir de sua base.

Temos aqui certos aspectos do mundo medieval: seu lento sistema econômico, e sua descentralização e hierarquização do poder político. Mas, se no campo da política e da economia o panorama medieval era profundamente paroquial, existia uma instituição, muito mais universal e internacional do que o que nós possuímos neste sentido. A Igreja Católica era a dona espiritual do mundo civilizado.”

O papel da Igreja nesse cenário era visivelmente distinguido. A hegemonia que o papado exercia sobre os senhores feudais e sobre os monarcas é amplamente divisada na história, quando se sabe que para satisfação de seus interesses no plano temporal a Igreja anulava casamentos de nobres, posicionava-se nas guerras e definia marcos para as conquistas.

Esse papel também foi bem enfrentado por Crossman quando prossegue afirmando que:

“Centralizada no Vaticano, de Roma, com magnífica burocracia e um obediente emissário em cada aldeia, podia pressupor que tinha um completo controle sobre a arte, a educação, a literatura, a filosofia e sobre a ciência da cristandade ocidental. Durante séculos, a Igreja Católica deu à Europa Ocidental uma cultura comum que todos os reis e senhores aceitaram. A civilização era católica, e o catolicismo era civilização. Vinculado à terra, limitado em seu comércio e apegado às suas leis, o homem medieval era um cidadão de um país religioso que envolvia a totalidade do mundo ocidental. Por este motivo, seu pensamento, tanto quanto sua cultura e sua música, eram essencialmente eclesiásticos. Não havia nele nada além de teologia, como não havia terra além do domínio da Igreja Católica...” (CROSSMAN, 1980, p. 20)

Alguns acontecimentos levaram à concentração do poder nas mãos do monarca.

De fato, a derrocada do feudalismo, entre outras causas, pelo fortalecimento das cidades em face do desvio da economia, que se descola da produção voltada para abastecimento do próprio feudo para chegar à cidade com a expansão do comércio, bem como pela ruína dos senhores feudais após as chamadas “guerras santas”, que consumiram os recursos dos feudos em defesa da propagação da fé católica e, ainda, pelo enfraquecimento do poder da Igreja Católica em face da reforma protestante com as idéias de Calvino e Lutero, gizaram o ambiente propício para o fortalecimento do poder nas mãos do monarca, a ponto mesmo de irromper a laicização quando os interesses de Roma contrariaram o do monarca, de que é exemplo a criação da Igreja Anglicana sob os auspícios de Henrique VIII, rompendo com o poder do papado, que se recusa a anular seu casamento, porque não convinha à Igreja Católica.

O monarca ameahou tanto poder em suas mãos em detrimento dos feudos e da própria Igreja Católica, com o rompimento da aliança do poder temporal com o espiritual, que, em determinado momento, era a única fonte de criação e aplicação normativas, a ponto de Luis XIV estar sempre sendo lembrado pela sua célebre frase: “*L’État c’est moi*”.

De fato, o Estado, numa visão essencialmente jurídica, era o próprio rei que enfeixava suas funções típicas: criava o direito (exercia a função legislativa); aplicava o direito

para executar sua vontade (a do monarca), exercendo a função executiva; e aplicava o direito para dirimir os litígios (função jurisdicional). O fenômeno da concentração de poder deflagra o aparecimento das monarquias absolutistas.

Numa estrutura onde o poder encontrava-se concentrado nas mãos de uma única pessoa, que revelava, portanto, uma vontade unipessoal, não há espaço para se falar em liberdade, em direitos, já que o indivíduo, que era escravo nas civilizações antigas, no império romano e nas cidades gregas, e um servo no sistema feudal, agora era um súdito do rei, desprovido de direitos sob o império das monarquias absolutas, que começou na França e na Espanha, chegando mais tarde à Inglaterra e outras regiões da Europa.

A biografia do Estado está a revelar que toda vez que o poder se concentra, tende a ser exercido de forma absoluta em detrimento da liberdade individual. Rompe-se com o almejado equilíbrio no binômio *autoridade x liberdade*, que estava longe de ser cogitado na estrutura concentrada de poder das monarquias absolutistas.

Nesse passo, para fazer frente ao poder absoluto das monarquias, surgem os ideais liberais que continham, em sua essência, duas grandes idéias. A primeira era *a preocupação com a liberdade individual*, que veio a engendrar toda uma política de lutas para se reconhecer os direitos do homem, à época, as preconizadas liberdades políticas, desde o direito deambulatório (a liberdade de ir, vir e de se deixar ficar) à liberdade de pensar e conseqüente liberdade de expressar o pensamento, passando pela liberdade de culto. Era preciso, pois, não somente reconhecer, como assegurar estes direitos frente aos abusos do poder absoluto dos monarcas medievais.

Entretanto, para que fosse possível o exercício destes direitos por todos, era preciso limitar o poder do monarca. Este não poderia mais concentrar todos os poderes e exercê-los de forma absoluta. Já a segunda idéia, decorrentemente da primeira, dizia respeito à *desconcentração do poder*. Poder concentrado, já se disse, identifica-se com o exercício despótico em detrimento das liberdades individuais. Era imprescindível a desconcentração do poder. Dentro desse clima, vem à tona a célebre obra de Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, preconizando a separação tripartida dos poderes.

A Montesquieu deve-se, realmente, a divulgação da teoria da separação dos poderes, no entanto, convém lembrar que Locke, na obra *Tratado sobre o Governo*, alude à matéria com base na prática inglesa. Sim, porque na Inglaterra, desde 1215, quando o baronato inglês impôs ao Rei João Sem Terra a *Magna Charta Libertatum*, divisa-se o aparecimento de atuação legislativa, sem que fosse representativa da vontade do monarca. Era, na verdade, uma manifestação corporativa da aristocracia feudal em face de seu rei, mas é possível divisar, sem dúvida, um ponto de partida para irradiação dos direitos do homem, como se colhe do art. 39º daquele texto assim vazado:

“Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”

Coube, todavia, a Montesquieu, o mérito da sistematização teórica da separação dos poderes e a sua divulgação no mundo político.

Porém, a idéia de separação dos poderes remonta, na verdade, à antiguidade. Já mesmo em Aristóteles ela é encontrada, como chama a atenção Jellinek (1973, p. 452):

“A célebre teoria de Aristóteles sobre as três partes do poder, limita-se simplesmente a descrever os caracteres típicos dos Estados Gregos daquela época, Senado, Autoridades, Tribunal Popular, e as atividades que estes exercitam, derivam de uma divisão dos assuntos do Estado”.

No entanto, foi ao sabor do liberalismo que a doutrina da separação dos poderes foi levada a extremos. Enquanto na França o poder do soberano hipertrofiava-se em detrimento dos Estados Gerais; na Inglaterra ocorria o contrário. O parlamento inglês adquiria cada vez mais poderes em detrimento do poder real. Daí a preocupação de Montesquieu (2003, pp.165-166) em separar os poderes e fixar-lhes a esfera de competência. Confira-se:

“Há em cada Estado três espécies de Poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamamos este último ‘o poder de julgar’, e o outro chamamos simplesmente o poder executivo do Estado’.”

A primeira constituição a adotar o princípio foi a norte-americana de 1787. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, formulada na França em 1789, dispõe no art. 16: “Toda sociedade em que a garantia dos Direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. Depois, a Constituição francesa de 1791 adotou o princípio que, a partir daí, tornou-se prática nas constituições do mundo moderno.

Na verdade, o exercício despótico do poder é incompatível com a vivência da liberdade. Só com a divisão dos poderes, lembra Groppali (1953, p. 213), é que há uma

“maior garantia da liberdade individual, fixadas de modo preciso as atribuições de cada um dos poderes, o cidadão é assegurado em sua liberdade, seja pela certeza do direito que regula as relações sociais, seja pelo fato de tanto os órgãos do poder executivo quanto os do poder judiciário, privados da atividade

legislativa no exercício de suas funções, serem contidos nos limites de normas pré-constituídas pelos órgãos do poder legislativo”.

Enfim, o exercício da liberdade exige condições de clareza e certeza. Somente a norma legislada poderia, ao definir as condutas, estabelecer estas condições. A legalidade surge como dado imprescindível.

Do chamado Estado liberal, não obstante proclamar tantas liberdades, tantos direitos, como se sabe, não se conseguiu o esperado. Com efeito, limitou-se apenas a reconhecer direitos – é certo, agora de forma expressa pois o *ius nom scriptum*, inadequado, porque revela um direito contingente e circunstancial vinculado à vontade momentânea do monarca, cede espaço para o direito escrito, que assume suas próprias conotações, como já se assentou, com o surgimento das primeiras constituições escritas e, depois, com o fenômeno da codificação que se estenderia por todos os Estados europeus – porém, proclamar direitos não significa assegurá-los.

O Estado liberal, na verdade, revela o que se convencionou denominar de “Estado policial”, porque apenas reconheceu, fazendo vazar em normas jurídicas, as chamadas liberdades públicas, não se preocupando em estabelecer meios para que os direitos reconhecidos fossem efetivados. Com isso, o Estado assumia uma atitude passiva, abstendo-se de prestações voltadas para imprimir eficácia aos direitos fundamentais. Enfim, quem já era livre, continuava a ser, como igualmente quem não gozava de liberdade, não obstante, agora a tivesse expressamente reconhecida, continuava na condição de aliado desse direito inerente à natureza humana.

A opção social veio para corrigir a falha e não desconsiderou os pressupostos filosóficos do Estado liberal. No entanto, consciente de que só é vivenciada a liberdade onde se estabeleçam condições de igualdade, acrescentou um novo dado a ser observado.

Pode-se afirmar que o jusnaturalismo é o pressuposto filosófico fundamental do Estado liberal, erigido sob três matizes: 1º) a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais à vida e à liberdade, sob suas várias acepções (deambulatória, de crença, etc); 2º) o respeito da parte do Estado através de limites pré-constituídos e estabelecidos em normas a tais direitos, o que conduzia a uma postura negativa do Estado diante deles, e que Canotilho (1992, p. 519) denomina *abstinência estatal*; e 3º) a liberdade encarada como liberdade-defesa ou liberdade-autonomia em face do poder do monarca.

Com efeito, para Canotilho (1992, p. 519), a teoria social dos direitos fundamentais “ao contrário do que a teoria liberal defendia, não postula a abstinência estatal, antes exige uma intervenção pública estritamente necessária à realização destes direitos; a intervenção estatal é concebida não como um *limite*, mas como um *fim* do Estado”.

De fato, o Estado começou a perceber que a pretendida efetividade dos direitos fundamentais passava necessariamente por exigir dele prestações existenciais de caráter positivo. Trocando em miúdos, o Estado precisava descruzar os braços e criar condições para que o fraco se tornasse forte perante o forte. Assim, sem se afastar do pressuposto filosófico do Estado liberal, a preocupação vai recair sobre a igualdade. A verdade é que a concepção social revela que somente a igualdade é capaz de proporcionar a vivência da liberdade.

Assim, a atuação do Estado voltada para imprimir condições com vistas à implementar a igualdade e, dessa forma, garantir a vivência da liberdade, passou a exigir intervenção de sua parte em áreas que antes se supunha de atuação exclusiva da atividade privada. O Estado, com efeito, intervém na propriedade para limitar o seu abuso e assegurar sua função social, intervém na saúde, na educação, por meio de prestações positivas, desviando, sem

desconsiderar, mas exatamente ao escopo de bem equacionar, a atenção voltada para o binômio *liberdade x autoridade*, agora para o binômio *trabalho x capital*. A bem da verdade, o problema do Estado, ontem, hoje, e, ousa-se afirmar, sempre, será bem equacionar estes dois binômios. Portanto, do Estado interventor exige-se prestações positivas de caráter existencial ou deveres sociais nas áreas de habitação, trabalho, saúde, educação, cultura, lazer, etc.

Enfim, quando sob o influxo das idéias marxistas concebeu-se, segundo lembra Canotilho (1992, 9. 521), que “a criação de condições materiais possibilitadoras do livre ‘desabrochar’ dos direitos fundamentais exige ou pressupõe a apropriação coletiva dos meios de produção e a gestão coletiva da economia”, o Estado deixava de ser apenas um interventor para se tornar monopolizador e, além de se divisar uma minimização ou redução da dimensão subjetiva dos direitos humanos, depara-se com uma “tendencial redução dos direitos à existência de condições materiais, econômicas e sociais, com manifesto desprezo das garantias jurídicas”, segundo o festejado constitucionalista português (CANOTILHO, 1992, p. 521). É nesse sentido que se legitima na teoria socialista até mesmo a supressão de direitos para que se pudesse alcançar as condições de plenificação advindas do ideal socialista. E foi exatamente por isso, por olvidar o outro lado da balança, a liberdade, que restou amesquinhada ou mesmo aniquilada em detrimento da hipertrofia da igualdade, que a opção socialista extrema não conseguiu seu desiderato.

Impende, agora, enfrentar a opção democrática. Primeiramente, anote-se que os pressupostos filosóficos do liberalismo e do Estado social foram encampados pelo Estado democrático. Não obstante, a liberdade, agora, tem um novo sentido, não quer mais significar a liberdade-autonomia, porém uma liberdade-participação. A preocupação não é mais o homem

indivíduo, mas o homem-membro da sociedade. No dizer de Pedrosa (1978, p. 11) "O autêntico Estado de Direito não se pode satisfazer em fixar o modo de *como* deve ser exercido o poder; é igualmente decisivo estabelecer *quem* deve exercê-lo." (destaques do original)

Bobbio (2002, p. pp. 30-31), buscando uma definição mínima de democracia, inspira-se em Kelsen quando o mestre da escola de Viena em sua visão positivista aponta para o Estado democrático como aquele em que há liberdade política, o que existiria quando o indivíduo participa do processo de criação e aplicação normativa e, por isso submete-se à vontade política estabelecida². Essa liberdade política ensejaria, segundo Kelsen, uma vontade geral que se legitimaria se erigida a partir da obediência a procedimentos formais de investidura e exercício do poder pré-estabelecidos pelo Direito que, assim, limitaria o próprio Estado, fazendo surgir uma auto-obrigação da parte deste na medida em que ocorreria a submissão do Estado ao Direito por ele próprio criado³. É o que se colhe das seguintes palavras do mestre italiano:

“...o único modo de chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*. Todo grupo social está obrigado a tomar decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. Mas até mesmo as decisões de grupo são tomadas por indivíduos (o grupo como tal não decide). Por isto, para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos...”

Este ponto de partida, para enfrentar a teoria democrática, atrelando a democracia à existência de regras adremente definidas para ensejar a investidura e o exercício

² Kelsen, Hans. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 278.

³ Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, pp. 416-417

do poder e que não poderiam ser alteradas durante o jogo senão pela vias de normas também previamente definidas ao declarado escopo, também foi dividido por Dworkin (2001, p. pp. 6-7), quando afirma que:

“Ela insiste em que, tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos. O governo, assim como os cidadãos comuns, devem agir segundo essas regras públicas até que elas sejam mudadas, em conformidade com regras adicionais sobre como elas devem ser mudadas, que também são especificadas no conjunto das normas”.

Nesse quadro, exsurge no Estado democrático o princípio da legitimidade como essencial. Não basta a desconcentração do poder, é necessário que o seu exercício pelos órgãos competentes repouse no consentimento popular. Não basta a proclamação solene dos Direitos, é preciso cercar o indivíduo de garantias, para preservar e evitar que estes direitos sejam sufocados pelo exercício da autoridade.

No entanto, a pugna existente no binômio *autoridade x liberdade* persiste e aí é que reside o âmago da questão, pois a intenção, quer no Estado liberal, quer no Estado social, quer no Estado de Direito democrático, sempre foi a de que “O Estado que faz e desfaz o direito, esteja essencialmente limitado por ele” (SALDANHA, 1980, p. 9).

Nessa ordem, portanto, a idéia de Estado de Direito democrático sempre estará ligada a dois fatores: 1º) a limitação jurídica e legitimação do poder; 2º) a eficácia dos mecanismos garantidores dos direitos fundamentais, aí incluídos não apenas os direitos individuais, mas também os direitos sociais e, ainda, os “(...) designados direitos de solidariedade, como o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da

humanidade e o direito ao meio ambiente.”, como com bastante precisão lembra Mathias (1997, p. 10).

A bem da verdade, há de se notar que somente a concepção democrática pode proporcionar a existência de tais pressupostos, que, em conjunto, dirigem-se para a satisfação de um básico direito fundamental: a felicidade, como aponta Bobbio (2000, p. 11).

2. O PODER E A SOBERANIA

Procedida a evolução da biografia do Estado até o presente milênio, onde sua versão se revela sob a forma democrática e considerando que a idéia de democracia está vinculada à limitação jurídica e legitimação do poder, impende, a partir daí, enfrentar o poder do Estado para se chegar, com maior segurança, à análise das relações internacionais na forma proposta neste estudo.

Talvez poucos tenham enfrentado tão bem o poder em sua concepção eidética como o fez Saint-Exupéry na famosa obra *O Pequeno Príncipe*. Aliás, deste livro, que ganhou expressão na literatura mundial como uma fábula infantil e no campo da auto-ajuda para adolescentes e adultos, pode-se colher verdadeiras lições jurídico-políticas para os dias de hoje.

No que pertine ao poder, recorde-se que o Pequeno Príncipe habitava sozinho um minúsculo planeta e bastava recuar um pouco a cadeira para contemplar o pôr-do-sol quantas vezes quisesse. O livro registra que o Pequeno Príncipe chegou a ver o sol se pôr quarenta e três vezes! E ao viajar, deparou-se o Pequeno Príncipe com um asteróide habitado por um rei sem súdito, mas que tinha pretensão de mandar no universo, que não hesitou um só instante em desferir um amontoado de ordens ao Pequeno Príncipe. Assim, divisou o Pequeno Príncipe que se ele fosse detentor de tanto poder, como aquele monarca que se dizia soberano do universo, teria podido assistir, não a quarenta e três, mas a setenta e dois, ou mesmo cem, ou mesmo a duzentos pores-do-sol no mesmo dia, sem precisar sequer afastar a cadeira! (SAINT-EXUPÉRY, 2002, pp. 26-27 e 36-41) Sozinho, no seu planeta, o Pequeno Príncipe não tinha em quem mandar. Iludia-

se, pensando que mandava no sol e isso lhe satisfazia tanto que num só dia chegou a ver o pôr do sol quarenta e três vezes. É dizer, quarenta e três vezes pensou que mandou o sol se pôr, quando, na verdade, era o deslocamento de sua cadeira que ensejava a deflagração do movimento do planeta de modo a gerar dia e noite (explicação científica) e não a vontade do Pequeno Príncipe. Igualmente, aquele solitário monarca não mandava em nada. Satisfazia-lhe a ilusão de que reinava sobre o universo.

O autor deixa o leitor extrair a correta idéia de que o poder é inerente à natureza humana. Significa dizer: aonde estiver o homem, aí haverá a manifestação do poder como fenômeno sociológico. Sim, o poder é obviamente um fenômeno social. E era exatamente por isso que nem o Pequeno Príncipe, nem o solitário monarca exerciam poder algum. Não havia em quem mandar. O poder, como fenômeno sociológico, é fundamentalmente uma relação entre dois pólos: um pólo de *mando* e um pólo de *obediência*. Essa relação social se projeta no plano vertical, nunca no plano horizontal. Neste último, deixa de ser poder para ser cooperação.

No dia-a-dia, muitos se iludem como o Pequeno Príncipe e o rei solitário pensando que mandam e que são obedecidos. Na verdade, todos nós mandamos e todos nós obedecemos ao mesmo tempo. Considere, por exemplo, a relação de amizade entre duas pessoas. Por mais amigas que sejam, essa relação jamais se projetará horizontalmente, sempre um exercerá uma influência, ainda que mínima sobre o outro, da mesma sorte que, aquele que é influenciado, com certeza influenciará outrem.

Ainda voltando aos clássicos infanto-juvenis, Carroll (2002)⁴ registra em *Alice no País das Maravilhas* a figura de uma rainha que não se cansava de ordenar a morte de seus súditos quando estes lhe desagradavam (*Cortem-lhe a cabeça!*). A monarca exercia hegemonicamente o poder e se manifestava expressamente contra tudo que fugisse aos padrões estabelecidos, contra as diferenças que não eram por ela suportadas. Mas também iludia-se, tal qual o pequeno príncipe, pois o rei se esmerava em desfazer suas ordens de forma sutil, de modo a convencer a rainha de que ela é quem mandava. Não hesitou a rainha um só instante em disparar sua ordem fatal contra Alice, exatamente porque diferente, estranha e porque Alice, a essa altura, encontrava-se com seu tamanho reduzido. Porém, quando Alice voltou ao tamanho normal – que significava gigante para a Corte – não hesitou em descumprir os comandos da rainha porque sabia que a relação de poder agora se deslocava dela para a soberana.

O poder é, sem dúvida, inerente à natureza humana. Considerando essa básica circunstância, Morgenthau (2003, p. 4) formula o primeiro dos seis princípios do realismo político expressando que “o realismo político acredita que a política, como aliás a sociedade em geral, é governada por leis objetivas que deitam suas raízes na natureza humana.”. E prossegue asseverando que

“... O poder cobre o domínio do homem pelo homem não só quando se apresenta disciplinando por desígnios morais e controlado por salvaguardas constitucionais (tal como ocorre nas democracias ocidentais), como quando ele se converte nessa força bárbara e indomável que só consegue encontrar leis em sua própria força e justificação em seu próprio desejo de engrandecimento.” (MORGENTHAU, 2003, p. 18)

De fato, há manifestação de poder seja quando um presidente de uma república baixa uma medida provisória, um juiz profere uma sentença ou um guarda aplica uma multa, ou

⁴ Na edição utilizada da Companhia das Letrinhas as páginas não estão numeradas.

mesmo quando, voltando ao segundo clássico juvenil, a rainha satisfazia seu desejo de engrandecimento e fazia uso de incontrolável força não legitimada pela ausência de regras previamente estabelecidas. Aliás, jogando com a rainha e seus súditos uma partida de croqué, tendo sido indagada como estava se saindo, não hesitou Alice em retrucar: “É difícil jogar sem regras e, se existem, ninguém as respeita.” (CARROLL, 2002).

Impende, a partir daí, ou seja, considerando-se o poder como fenômeno social, verificar como a relação de mando e obediência se projeta dentro e fora do Estado. Deveras, para alguém poder deflagrar uma relação de mando e de obediência em nome do Estado é necessário que esteja investido de parcela de poder estatal. Esse alguém é denominado corriqueiramente de autoridade. Na linguagem jurídica, agente político, tipo especial de servidor público encarregado de manifestar a vontade em nome do Estado. A investidura, para tanto, ocorre sob as mais variadas formas: o rei, por exemplo, investe-se do poder do Estado, para deflagrar relações de mando e de obediência, pelo simples fato de ser o sucessor na linha de ascensão ao trono. Já nas repúblicas, as formas incluem a escolha pelo voto, o concurso público ou a nomeação.

Porém, não basta que alguém se encontre legitimamente investido para exercer o poder do Estado. É preciso, igualmente, que o exercício do poder se projete nos limites traçados pelo Direito. Em outras palavras, a autoridade, uma vez legitimamente investida, deve atuar no âmbito da legalidade, não agir contra ou fora do espaço legal, sob pena de agir com arbítrio ou desvio de poder em defesa da satisfação de interesse outros que não os eleitos pela norma.

Aí estão, portanto, os dois princípios nucleares da concepção democrática: legitimidade e legalidade, sem os quais não se concebe o exercício do poder estatal.

O homem, quando nasce, já se encontra mergulhado na estrutura de poder do grupo primário: o poder de família, segundo a nova nomenclatura do novo Código Civil, que permite a tomada de decisões em relação a pessoa dos incapazes e de seus bens. Mas o homem começa a participar de grupos sociais secundários, onde são deflagradas novas relações de poder, como por exemplo, a igreja, a escola, associações econômicas, culturais, recreativas, de classe, sindicatos, partidos políticos. Então, existe, dentro do Estado, o poder da família, da igreja, das universidades, das corporações econômicas, dos times de futebol, dos conselhos profissionais, dos sindicatos dos trabalhadores e da representação patronal, das várias opções políticas organizadas em partido, das federações, confederações, mas há de haver um poder que se sobreponha a todas estas esferas de poder. Que decida o conflito de interesse deflagrado entre o indivíduo e quaisquer grupos, dos indivíduos entre si e das próprias esferas de poder entre si. Desse poder se diz ser o poder de decisão em última instância dentro do âmbito do Estado, que não admite poder maior nem igual a ele (*Suprema potestas superiorem non recognoscens*). Essa qualidade do poder do Estado é a soberania⁵.

A soberania, todavia, se projeta no plano externo. E aqui, ela pode ser encarada como a qualidade do poder do Estado de não admitir, no plano internacional, a existência de poder maior do que o poder estatal, admite, tão apenas, poderes iguais.

Nessa perspectiva, vê-se que a soberania foi tomada como uma qualidade do poder do Estado, não como um elemento constitutivo, o que permite admitir que existam Estados que conseguem expressar essa qualidade do poder em grau maior do que outros no plano

⁵ Kelsen efetivamente divisava a soberania como qualidade de uma ordem normativa. Não obstante ter concebido a soberania sob uma visão exclusivamente normativa, já abria espaço para uma concepção aberta quando afastava o solipsismo de Estado, o que pressupõe, obviamente, inter-referência, todavia, tomada apenas no campo da normatividade do Direito Internacional (in: Teoria Geral do Estado. Martins Fontes, 1992, pp. 371 – 374).

internacional. Com efeito, do ponto de vista jurídico a norma de Direito Internacional vazada no princípio da igualdade entre os Estados propugna por que, repita-se, do ponto de vista exclusivamente jurídico, todos os Estados sejam igualmente soberanos porque gozam da mesma personalidade jurídica internacional, encontrando-se, dessa forma, igualmente capacitados para adquirir direitos e contrair obrigações. Por outro lado, enfrentada a questão sob o prisma político, militar, econômico, científico ou tecnológico, não há como não admitir que existam Estados que conseguem expressar em maior grau essa qualidade de seu poder ou, como se queira, Estados mais soberanos que outros.

Na verdade, a primeira sistematização teórica do tema remonta ao século XVI com o pensamento de Jean Bodin. Para Bodin, “La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república⁶(...)” (1966, p. 141), no entanto, já apontava para a idéia de limitação que decorreria das leis divinas e do direito natural:

“Así, la soberania dada a un príncipe com cargas y condiciones no constituye propriamente soberanía, ni poder absoluto, salvo si las condiciones impuestas al nombrar al príncipe derivan de las leyes divina o natural.” (BODIN, 1966, p. 145)

O conceito de soberania tem, todavia, sofrido o impacto das mudanças que o mundo tem enfrentado. Deveras, hodiernamente, não se pode mais concebê-la, como fez Kelsen (1992, p. 161), “apenas dentro do domínio do normativo”. Com efeito, a projeção desta qualidade do poder do Estado, ver-se-á mais adiante, encontra-se entrelaçada em relações de inter-referências partindo do sistema jurídico para o sistema social, político e econômico.

⁶ Bodin utilizava o étimo “república” para designar o “Estado”, conquanto no mesmo século, antes dele, Maquiavel já se valia do termo “Estado” para identificar a comunidade política quando abria “O Príncipe” proclamando que “Todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm império sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados.” (MAQUIAVEL, 1987, p. 37).

Porém, uma coisa é certa: o mestre da Escola de Viena tinha razão quando apontava para a circunstância de que é pressuposto de uma posição monista com primazia do Direito Estatal sobre o Direito Internacional, a soberania absoluta do Estado. Sim, porque soberano seria apenas o “Estado cuja ordem jurídica fosse o ponto de partida de toda sua estrutura (...) O Direito Internacional é válido apenas por ser reconhecido pelo Estado mencionado em primeiro lugar, o qual é soberano porque a ordem jurídica internacional é considerada parte de sua ordem jurídica e, portanto, inferior a ela” (KELSEN, 1992, p. 373).

Sob tal contextura, e em face do predomínio do monismo nacionalista ou, quando menos do dualismo para ensejar a incorporação da norma internacional à ordem interna, a soberania ainda é encarada de forma absoluta, o que tem comprometido a fundamentabilidade dos direitos humanos e a atuação da comunidade e entes governamentais não-centrais em prol da dignidade da pessoa humana num mundo que se diz globalizado.

Deveras, uma concepção mais aberta da soberania para havê-la num amálgama de relações de inter-referências partindo do sistema jurídico para o sistema social, político e econômico, melhor se coaduna com o exercício do poder sob uma forma indireta. Enfrentando essa questão Chacon (2002, p. 51) lembra que:

“Poder é a capacidade de comandar no sentido de ‘co-mandar’, por cooptações convenientes, sucessivas e gradativas, cambiantes no tempo e no espaço. Influência é a forma indireta do poder. Vai mais adiante e melhor que a mera força física, com a ajuda da ciência, tecnologia e cultura; luta propriamente pelos corações e mentes. Saber se conter para não se exceder além das próprias forças, passando a receber maior e pior contra-ataque, eis a máxima sabedoria da complexa verdadeira razão de Estado, que só pode ser plenamente, se for realmente razão das grandes maiorias da sociedade, que o geram e o mantêm. Cooptar significa compensar material e psicologicamente no ‘co-mando’”.

De fato, a influência de impérios e estados hegemônicos hodiernamente cada vez mais se faz sentir não apenas através de seu *hard power* (poderio econômico, militar e tecnológico). A atuação indireta da soberania através de um círculo de inter-referências sócio-culturais aponta para um exercício do poder em rede, como adiante se verá, e sem dúvida é de um peso muito maior na exata medida em que, como percebeu com argúcia Chacon (2003, p. 52), “O poder mais psicológico, porque o mais amplo, é o cultural, capaz até de comandar sem ‘comando’, mantido, com frequência só nas aparências disfarçantes da conquista por corações e mentes”. Essa atuação da soberania tem recebido o nome de *soft power*⁷ e revela-se na difusão e infusão de hábitos, modismos, consumismos, música, esportes, entre outros.

Desconsiderar ou não dar a devida importância a esse fenômeno é olvidar a realidade dos fatos que revelam os novos caminhos pelos quais o Estado palmilha no plano interno e externo.

⁷ A influência soberana dos Estados sob os enfoques do *hard power* e do *soft power* é analisada pelo norteamericano Joseph Nye no livro *Bound to Lead* ainda sem edição em língua portuguesa. Desse mesmo autor, já em edição vernacular pela UNESP, vale a pena verificar “O Paradoxo do Poder Americano”, onde propõe a redefinição do interesse nacional dos USA à guisa de afastar o isolacionismo.

3. O PODER HEGEMÔNICO E O FORTALECIMENTO DE UM ESTADO CENTRALIZADOR, BUROCRÁTICO E TECNOCRATA COMO TENDÊNCIAS EM DESCOMPASSO COM O IDEAL DEMOCRÁTICO

Nessa linha de idéias pode-se dizer que o Estado que inicia o século XXI palmilha por dois caminhos que, sem dúvida, podem distanciá-lo do eixo democrático. Divisa-se, com efeito, no plano externo, a manifestação da soberania conduzindo a posturas hegemônicas de Estados fortalecidos político-economicamente em detrimento dos Estados periféricos. Por outro lado, no plano interno, a busca de eficiência e a administração dos escassos recursos disponíveis, à guisa de se alcançar os objetivos previamente definidos, tem conduzido os Estados pelos passos de uma sensível centralização de poder aliada a uma política de redução de direitos historicamente incorporados ao patrimônio social. Ambos os fenômenos, como se disse, mostram-se inteiramente na contra-mão da perspectiva democrática.

O confronto funcional destas duas posturas enseja a seguinte indagação: Pode existir ordem internacional democrática convivendo com Estados internamente não democráticos? A resposta requer o enfrentamento do poder hegemônico e das tendências da democracia diante do fenômeno da centralização tecno-burocrática do poder.

A dissolução da União Soviética rompeu com a bipolaridade do poder no cenário mundial. Com efeito, os EUA se consolidaram como o maior núcleo de poder que, sem concorrente, estabelece uma política internacional voltada para definir a atuação dos demais

atores do cenário, imprimindo limites às experiências nacionais. Esse chamado unilateralismo norte-americano vem erigido na crença da “universalidade da cultura ocidental”. Essa crença,

amparada no crescimento ímpar da cultura ocidental, imprime a idéia de que em torno dela devem quedar outras culturas (as não-ocidentais), porque desviadas do eixo civilizatório adotado como padrão de globalização. Isso tem conduzido a uma política imperialista do principal Estado-núcleo da civilização ocidental, que não tem poupado esforços, inclusive com violação a princípios, como o da autodeterminação dos povos, da não intervenção e do pacto de não-agressão, ao escopo de preservar a civilização ocidental ante uma expansão de outras culturas.

Efetivamente, entre os ocidentais, há o sentimento arraigado de que “as idéias de liberdade individual, democracia política, império da lei, direitos humanos e liberdade cultural (...) são européias, não são idéias asiáticas, nem africanas, nem do Oriente Médio, a não ser por adoção.”⁸. Ora, é verdade que o berço do liberalismo e da democracia é a Europa. Deve-se, sem dúvida, ao pensamento político europeu a propagação pelo mundo dos ideais de liberdade, democracia e direitos humanos. Todavia, a adoção destes ideais não amesquinha em nada outras culturas, que não os desenvolveram elas próprias, em razão de que o desenvolvimento ocidental, sobretudo, da Europa, ocorreu em passos mais rápidos em comparação com as culturas asiáticas ou orientais, e em muito maior distância em relação à cultura africana. Aqueles ideais, contudo, não são privilégio da cultura ocidental. São inerentes à natureza humana. Devem ser entendidos, isto sim, como normas que integram o chamado *ius cogens*, de natureza, portanto, supraconstitucional e metacultural – como adiante se verá - que mais cedo ou mais tarde aflorariam no pensamento político de qualquer cultura. Coube à ocidental ser o carro-chefe da locomotiva.

⁸ SCHLESINGER JR., Arthur. *Disunitig of America*, p. 127 apud HUNTINGTON, Samuel P. *O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial*, Objetiva: Rio de Janeiro, p. 396.

Mas é em nome de uma expansão da cultura ocidental, eleita como a única apropriada para o desenvolvimento das potencialidades da pessoa humana, que se tem erigido o poder hegemônico, hoje concentrado nos EUA. A ação unilateral norte-americana expande-se a partir do término da “guerra fria”. De fato, chegou-se a pensar que com o fim da bipolaridade o mundo passaria para um clima de harmonia nas relações internacionais, com a vitória do capitalismo e da democracia liberal. Huntington (2001, pp. 32-33), descrevendo esta fase assevera que:

“O momento de euforia no fim da Guerra Fria gerou uma ilusão de harmonia, que logo se viu não passar disso. O mundo ficou diferente no início dos anos 90, mas não necessariamente mais pacífico. As mudanças eram inevitáveis, o progresso não. Ilusões semelhantes ocorreram, por breves períodos, ao final de cada um dos outros grandes conflitos do século XX. A I Guerra Mundial foi “a guerra para acabar com todas as guerras” e para tornar o mundo seguro para a democracia. A II Guerra Mundial, na colocação de Franklin Roosevelt, iria “pôr fim ao sistema de ações unilaterais, às alianças exclusivas, aos equilíbrios de poder e a todos os outros expedientes que tinham sido tentados durante séculos – e tinham fracassado sempre”. Em vez disso, teríamos “uma organização universal” de “Nações amantes da paz” e o começo de uma “estrutura permanente de paz”. No entanto, a I Guerra Mundial gerou o comunismo, o fascismo e a inversão de uma tendência de mais de um século rumo à democracia. A II Guerra Mundial produziu uma Guerra Fria que foi realmente global. A ilusão de harmonia no fim da Guerra Fria logo foi dissipada pela multiplicação de conflitos étnicos e de “limpeza étnica”, pela ruptura da lei e da ordem, pelo surgimento de novos padrões de alianças e conflitos entre os Estados, pelo ressurgimento de movimentos neocomunistas e neofascistas, pela intensificação do fundamentalismo religioso, pelo fim da “diplomacia de sorrisos” e da “política do sim” nas relações da Rússia com o Ocidente, pela incapacidade das Nações Unidas e dos Estados Unidos de acabarem com sangrentos conflitos locais e a crescente disposição de afirmação de uma China emergente. Nos cinco anos seguintes à queda do Muro de Berlim, a palavra “genocídio” foi ouvida muito mais vezes do que em quaisquer cinco anos durante a Guerra Fria. O paradigma de um só mundo harmônico está claramente divorciado demais da realidade para ser um guia útil no mundo pós-Guerra Fria.”

É nesse cenário que para o referido autor “o poder está-se deslocando da civilização ocidental que há tanto tempo predomina para civilizações não-ocidentais. A política mundial tornou-se multipolar e multicivilizacional” (HUNTINGTON, 2001, p. 29). Daí os

esforços e ações de legitimação duvidosa do Estado líder mundial, com a cooperação de outros Estados-núcleos ocidentais como a Inglaterra, França e Alemanha, em defesa da expansão da cultura ocidental, ao escopo de reprimir a tendência multipolar e multicivilizacional, que revela um crescimento de Estados de culturas não ocidental ou não alinhados, a ponto de se cogitar da formação de novos núcleos de influência, como a China, ou mesmo, a Índia e o Brasil. Essa tendência, que tem empreendido ações conjuntas dos principais Estados-núcleos ocidentais e mais da Rússia, que se tem firmado como Estado-núcleo de influência no seu entorno, restou recentemente fraturada quando da guerra do Iraque, ante a posição ostentada pela França e pela Alemanha, como também pela Rússia, o que ensejou a postura unilateral e hegemônica dos EUA em deflagrar a guerra sem a autorização da ONU. Aqui, mais uma causa da hegemonia do poder do Estado líder: a preocupação com a segurança mundial, que tem ensejado uma política de combate ao terrorismo, sobretudo depois da explosão das torres gêmeas, aliada à política desarmamentista nuclear.

A segurança e a paz mundiais, nessa contextura, passam a ser, a bem da verdade, sinônimo de segurança dos Estados-núcleos ou segurança do sistema sócio-econômico-cultural ocidental e, em sua defesa, não se tem poupado agressões à dignidade da pessoa humana.

Um mundo multipolar e multicivilizacional, com a possibilidade mais ampla de integração civilizacional, como ocorre, por exemplo, com o crescente fenômeno da paradiplomacia – a atuação dos governos não-centrais no plano internacional, inclusive celebrando tratados, como se verá adiante quando neste estudo forem analisados os procedimentos extradogmáticos para fazer face ao poder hegemônico assim apresentado –, parece que se constitui uma opção para a resistência democrática.

No plano interno, a democracia amarga frente a uma tendência enormemente centralizadora. Com efeito, o Estado moderno se viu diante de sérias dificuldades para atingir suas finalidades. A escassez dos recursos, a passagem de uma economia de mercado para uma economia globalizada, planificada, de difícil controle pelo processo de criação e aplicação normativa, sobretudo diante do aspecto multifacetário das relações de produção e consumo de bens e prestação de serviços, a concentração de riquezas, as políticas salariais, previdenciárias, assistenciais, em suma, tudo isso tem exigido do Estado bem administrar os escassos recursos, visando otimizá-los em defesa do desejável nível de bem-estar social de seus povos, o que não tem sido tarefa fácil.

Nesse espaço, lembra Bobbio (2002, p. 46):

“Tecnocracia e democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer. A democracia sustenta-se sobre a hipótese de que todos podem decidir a respeito de tudo. A tecnocracia, ao contrário, pretende que sejam convocados a decidir apenas aqueles poucos que detêm conhecimentos específicos. Na época dos Estados absolutos, como já afirmei, o vulgo devia ser mantido longe das *arcana imperii* porque era considerado ignorante demais. Hoje o vulgo é certamente menos ignorante. Mas os problemas a resolver – tais como a luta contra a inflação, o pleno emprego, uma mais justa distribuição de renda – não se tornaram por acaso crescentemente mais complicados? Não são eles de tal envergadura que requerem conhecimentos científicos e técnicos em hipótese alguma menos misteriosos para o homem médio de hoje (que apesar de tudo é mais instruído)?”

Isso tem determinado, segundo o festejado autor italiano, um “contínuo crescimento do aparato burocrático, de um aparato de poder ordenado hierarquicamente do vértice à base, e portanto diametralmente oposto ao sistema de poder democrático” (BOBBIO, 2002, p. 47).

De fato, a experiência nos tem mostrado que as decisões, no mais das vezes, são tomadas sem a necessária vinculação à vontade dos governados. É que "o governo contemporâneo é cada vez menos um governo de leis, cada vez mais um governo de homens (...) grande parte das obrigações que pesam sobre o homem não resultam da lei (...) provêm de atos 'com força de lei' editados pelo Executivo: Decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos, etc." (FERREIRA FILHO, 1980, p. 13).

Talvez o acúmulo cada vez maior da função legiferante no poder executivo justifique-se, em decorrência das necessidades prementes da atividade estatal acompanhar o desenvolvimento por que passa o mundo moderno, e daí o ceticismo de alguns autores quando se debruçam na análise sobre o futuro do Estado. Shils⁹, entre cinco espécies de sistemas políticos que apresenta, fundamentando-se na experiência dos Estados modernos do pós-guerra, é completamente descrente, e nenhuma de suas opções (Democracias Políticas, Democracias Tuteladas, Oligarquias Modernizantes, Oligarquias Totalitárias e Oligarquias Tradicionais) se coadunam com a concepção do Estado de Direito.

Ainda no tocante à questão, Dallari (1980, p. 164) afirma que "a racionalização objetiva implicando formas autocráticas de governo" é um dos caracteres futuríveis do Estado, mas ao lado disso vê a necessidade de uma "integração crescente do povo nos fins do Estado". E arremata o ilustre publicista: "Estas duas peculiaridades aparentemente opostas à primeira vista, deverão ser conjugadas para a obtenção de um novo equilíbrio interno".

Sem dúvida alguma este equilíbrio só se obtém quando, a par de todo o progresso científico e tecnológico, que inevitavelmente exige celeridade nas tomadas de decisão,

levando cada vez mais a um racionalismo centralizado do poder, o Estado possibilita a existência de condições de igualdade, não a formal, mas a pragmática, alcançada quando o interesse propulsor da atividade estatal está voltado para o povo e não para a satisfação dos interesses de grupos dominantes. O poder deixa de ser um fim para ser um meio, um instrumento para consecução daquele fim.

⁹ SHILS, Edward. Political Development in the new states, apud Dallari, 1980, p. 150.

4. ALOPOIESE JURÍDICA PARA ENSEJAR A COMPREENSÃO E VALIDAÇÃO DE PROCEDIMENTOS EXTRADOGMÁTICOS NO ÂMBITO DO DIREITO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

A tradicional idéia de reduzir o direito à norma escrita ainda goza de foros de exclusividade dentre os cientistas do direito. É comum desde o estudante até o magistrado, que detém a missão de eleger entre as possíveis e positivar uma interpretação, o comportamento de procurar a norma jurídica adequada, cuja incidência sobre o fato permita a extração de certo efeito.

Efetivamente, vê-se, no dia-a-dia, uma certa dificuldade na experiência jurídica quando a questão não aponta para solução vazada numa norma escrita. A consulta demora resposta do parecerista. O advogado tarda para ajuizar a demanda, ou oferecer resposta, em razão do prazo, com dificuldade. A decisão judicial é também retardada nos juízos e tribunais. Isso decorre, sem dúvida, da falta de habilidade, de preparo, para tratar o direito fora dos domínios exclusivos da dogmática.

A dogmática jurídica parte do pressuposto de que a norma é um dogma. Significa dizer que as construções jurídicas não podem se distanciar dos parâmetros estabelecidos pela norma, muito menos confrontar sua existência. Decorre, daí, a dificuldade para o trato das questões jurídicas quando o operador do direito se depara com a ausência de norma ou quando a solução ofertada por ela não satisfaça o sequioso espírito de justiça, o que ocorre porque sendo o direito uma ciência cultural, o conteúdo da norma se expõe às alterações da cultura, necessitando

o intérprete de se valer de meios para ensejar a revisão dos conteúdos através de procedimentos integradores, que no dizer de Adeodato (1983, p. 131) formam uma ponte para a nova realidade.

Partindo dessa linha, poucos se aventuram a admitir a ordem de raciocínio que aqui se vai deduzir, não obstante a expansão do pensamento seja crescente. Sobota (1991, pp. 45-60) divisa este fenômeno ao registrar que:

“A maioria das pessoas, nas democracias modernas, parece estar convencida de que o direito é um sistema constituído de normas explícitas... Essa fachada normativa é a versão popular de uma concepção teórica que se desenvolveu a partir do espírito do iluminismo e da admiração pelos sucessos da ciência, refletidos no movimento positivista do fim do século XIX e começo do século XX...”

Por esse caminho, o direito fica reduzido a um sistema fechado com a pretensão de dispor sobre as condutas humanas através de um ordenamento hermético, auto-suficiente e auto-produtivo.

A verdade é que, a redução da ciência jurídica ao tecnicismo da dogmática sob o véu do monopólio estatal da criação e aplicação normativas está longe de revelar a completude do fenômeno jurídico. Daí, no dizer de Adeodato (1996, p. 277), “o surgimento de práticas a que as doutrinas tradicionais não conseguem se adequar e a necessidade de novas óticas para a compreensão da realidade jurídica (...)”

A aceitação de novas maneiras de divisar a realidade jurídica encontra dificuldades no tradicionalismo com que o direito é tratado. Isso decorre, sem dúvida, da circunstância de que seus operadores, desde o ensino até a práxis, de regra, não voltam os olhos para uma perspectiva não dogmática, no campo da filosofia epistemológica do direito. Esse viés, “tem uma tarefa prática, na medida em que fornece os subsídios para se criarem respostas aos

estímulos da vida, isto é, decidir alternativas de conflito, tomar posições éticas, técnicas, políticas, tomar posição científica.” (ADEOADATO, 1996, p. 278).

Nessa ordem de pensamento, o fenômeno jurídico pode ser enfrentado sob outro prisma. Desta feita, relacionando-o a outros sistemas como o econômico, o político, enfim o social, numa relação de inter-referência ou hetero-produtividade. Essa nova compreensão da ciência jurídica introduz sensível modificação no dogmatismo clássico e propõe um rompimento na estrutura científica do direito com a adoção de novos modelos, novos padrões, enfim, a partir de novos paradigmas porque os existentes “deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por meio que ajudaram em parte criar” (KUHN, 2001, p. 126).

Sobre o manto dessa ordem de idéias, surgem algumas perspectivas de análise do direito, podendo-se destacar a *Teoria da Ação Comunicativa* de Jürgen Habermas¹⁰ e a *Teoria dos Sistemas* de Niklas Luhmann¹¹.

Aqui, a hipótese de trabalho partirá da compreensão do direito dentro de uma visão sistêmica, buscando, inicialmente, apoio, portanto, na Teoria dos Sistemas de Luhmann, mas dela se distanciando, ao final, para imprimir uma conformação à modernidade periférica na qual está situado o direito brasileiro.

Essa perspectiva de exame da realidade jurídica, que adiante será mais dissecada, partiu da teoria biológica da *autopoiesis*, criada pelos biólogos chilenos Maturana e Varela, trazida para as ciências sociais pelo pensamento de Niklas Luhmann.

Maturana e Varela (2004, pp. 48 – 61), preocupados em estabelecer “as bases biológicas da compreensão humana”, buscam resposta para a grande indagação “o que é a vida?”, desenvolvendo a idéia de que um sistema vivo caracteriza-se pela capacidade de se auto-produzir a partir de inter-referências de seus próprios componentes, que estariam dispostos em estrutura funcional gerando uma organização (*organização autopoietica*), independentes de circunstâncias externas de tempo, espaço e outras presentes no meio ambiente.

A teoria da autopoiese foi amplamente difundida no pensamento científico. Coube a Luhmann, como se disse, trazer para as ciências sociais a teoria, e ao fazê-lo, demonstra que a recepção da teoria desenvolvida por Maturana e Varela opera-se por viés diferente. Neves¹², discípulo de Luhmann e também seu crítico em alguns aspectos, fazendo uso das palavras de seu mestre, sintetiza a autopoiese dos sistemas nos seguintes termos:

“A concepção luhmanniana da autopoiese afasta-se do modelo biológico de Maturana, na medida em que nela se distinguem os sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas não-constituintes de sentido (orgânicos e neurofisiológicos). Na teoria biológica da autopoiese, há, segundo, Luhmann, uma concepção radical do fechamento, visto que, para a produção das relações entre sistema e meio ambiente, é exigido um observador fora do sistema, ou seja, um outro sistema. No caso de sistemas constituintes de sentido, ao contrário, a “auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica”. Eles mantêm o seu caráter autopoietico enquanto se referem simultaneamente a si mesmo (para dentro) e ao seu meio ambiente (para fora), operando internamente com a diferença fundamental entre sistema e meio ambiente. O seu fechamento operacional não é prejudicado com isso, considerando-se que sentido só se relaciona com sentido e só pode ser alterado através de sentido. Porém, a incorporação da diferença ‘sistema/meio-ambiente’ no interior dos sistemas baseados no sentido (a auto-observação como “momento operativo da autopoiese”) possibilita uma combinação de fechamento operacional com abertura para o meio-ambiente, de tal maneira que a circularidade da autopoiese pode ser interrompida através da referência ao

¹⁰ Habermas, Jürgen. Teoría de la Acción Comunicativa. Madrid: Taurus, 02 vols, 1987, além de detalhamentos e expansão da teoria em várias outras obras.

¹¹ Luhmann, Niklas. Introducción a la teoría de Sistema. México: Universidad Iberoamericana, 1996, além de várias outras obras, entre elas, a Sociologia do Direito, publicada no Brasil pela editora Tempo Brasileiro, 1983, 02 vols.

¹² Neves, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil: Uma reconstrução do Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Extrato de tradução inédita, p. 36, cedido pelo próprio autor.

meio-ambiente. Portanto, na teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann, o meio-ambiente não atua perante o sistema nem meramente como “condição infra-estrutural de possibilidade da constituição dos elementos”, nem apenas como perturbação, barulho, “*bruit*”; constitui algo mais, “o funento do sistema”. Em relação ao sistema atuam as mais diversas determinações do meio-ambiente, mas elas só são inseridas no sistema quando esse, de acordo com os seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes sua forma.”

Efetivamente, em sua Sociologia do Direito, Luhmann (1983, p. 15) adverte logo na introdução que “é necessário ver e pesquisar o direito como estrutura e a sociedade como sistema em uma relação de interdependência recíproca”. Efetivamente, a autopoiese jurídica a partir do pensamento de Luhmann tem raiz numa “perspectiva mais atrelada à influência do interacionismo”¹³. Neves (1994, p. 119 – 120) demonstra esse caráter quando revela que:

“... A positivação do Direito na sociedade moderna implica o controle do código-diferença “lícito/ilícito” *exclusivamente* pelo sistema jurídico, que adquire dessa maneira seu fechamento operativo.” Nesse sentido, a positividade do Direito é conceituada como auto-determinação operacional do Direito. Assim como em relação aos outros sistemas sociais diferenciados, não se trata aqui de autarquia, (quase) privação de meio ambiente. Se o fato de dispor exclusivamente do código-diferença “lícito-ilícito” conduz ao fechamento operacional, a escolha entre lícito e ilícito é condicionada pelo meio ambiente. Por outro lado, a auto-determinação do Direito fundamenta-se na distinção entre expectativas e cognitivas, que só se tornou claras a partir da codificação binária da diferença entre lícito e ilícito exclusivamente pelo sistema jurídico. Com base na distinção entre normativo e cognitivo, o fechamento operativo do sistema jurídico é assegurado e simultaneamente compatibilizado com sua abertura ao meio ambiente. A respeito escreve Luhmann: “Sistemas jurídicos utilizam essa diferença para combinar o fechamento da autoprodução recursiva e a abertura de sua referência ao meio ambiente. O Direito constitui, com outras palavras, um sistema *normativamente fechado*, mas *cognitivamente aberto*[...] . A qualidade normativa serve à autopoiese do sistema, à sua autocontinuação diferenciada no meio ambiente. A qualidade cognitiva serve à concordância desse processo com o meio ambiente do sistema . Daí resulta uma conexão entre conceito e interesse na produção do Direito positivo. Ao mesmo tempo que o sistema jurídico fatorializa a auto-referência por meio de conceitos, ele constrói sua hererorreferência através de assimilação de interesses.”

¹³ LOPES Jr., Dalmy. Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. ARNAUD, André-Jean e LOPES Jr., Dalmy (Orgs.) In: Introdução, p. 8. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Esta coletânea além de textos de Gunther Teubner e Marcelo Neves, traz o artigo de Luhmann sobre “A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do Direito.”

A abertura cognitiva do sistema jurídico que se opera através de uma linguagem auto-reflexiva dotada de sentido e a partir de inter-referência do meio ambiente começou, portanto, a ser teorizada no pensamento de Luhmann e prossegue nos modelos pós-modernistas não-dogmáticos de Ladeur¹⁴, para quem “a autopoiese é flexibilizada, na medida em que o plano da virtualização da estrutura e função possibilita o emalramento dos diversos sistemas sociais (...)” ou na leitura de Teubner das *inter-referências sistemáticas*¹⁵.

Enfim, a validação de procedimentos extradogmáticos resulta, sem dúvida, do rompimento da clausura do sistema jurídico, no dizer de Neves (1994, p. 129):

“na medida em que [...] os agentes do sistema jurídico estatal põem de lado o código-diferença “lícito-ilícito” e os respectivos programas e critérios, conduzindo-se ou orientando-se primária e freqüentemente com base em injunções diretas da economia, do poder, das relações familiares etc., cabe, em dúvida, sustentar a existência da alopoiese do Direito. Aqui não se trata de bloqueios eventuais da reprodução autopoietica do Direito positivo, superáveis através de mecanismos imunizatórios complementares do próprio sistema jurídico. O problema implica em comprometimento generalizado da autonomia operacional do Direito. Diluem-se mesmo as próprias fronteiras entre sistema jurídico e meio ambiente, inclusive no que se refere a um pretense Direito extra-estatal socialmente difuso”

Observa-se, portanto, que num primeiro momento, sob o prisma da autopoiese jurídica, a experiência jurídica ocorreria num sistema fechado, auto-produtivo e auto-referente, permitida a inter-referência com o meio circundante desde que admitida pelo próprio sistema jurídico, o que não afastaria sua produção autopoietica.

¹⁴ LADEUR, Kark-Heinz. Perspektiven einer post-modern Rechtstheorie. Zur Auseinandersetzung mit N. Luhmanns Konzept der ‘Einheit des Rechtssystems’”, in: Rechtstheorie 16 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 383 – 427, apud NEVES (1994, p. 126).

¹⁵ TEUBNER, Gunther. Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungslärm? Autopoietische Geschlossenheit als Problem für die Rechtssetzung”, in: D.Grim e W. Maihofer (orgs). Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13). Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 45 – 64, apud NEVES, idem, p.127.

Para encetar melhor a compreensão do tema, toma-se a liberdade de remeter a teoria da autopoiese à química. Cogite-se, por exemplo, um composto químico simples: a água. Ora, em laboratório, para se obter água bastará que se junte dois átomos de hidrogênio na presença de um átomo de oxigênio ($2H + O = H_2O$), não sendo preciso nenhum elemento externo. É dizer, o sistema se auto-produz. Coisa diversa se tem quando para produção de um composto químico a presença dos elementos, per si, não se avulta suficiente para tanto porque o sistema não é auto-produtivo, necessitando, desde aí, de um elemento externo chamado naquela ciência de reagente. Assim, igualmente, quando a polícia se utiliza de bafômetro para verificar o nível de álcool em um indivíduo, é preciso um reagente, o dicromato de potássio ($K_2Cr_2O_7$), sem o qual não ocorre oxidação orgânica que indica a existência de etanol no organismo. A experiência química, na hipótese, processou-se por meio de hetero-interferência mercê da qual se trouxe um outro elemento sem o qual o resultado não seria alcançado. Aqui, o elemento encontra-se no próprio sistema da química, mas, é sabido, o reagente às vezes é o fogo ou o atrito, elementos de outro sistema orgânico. Todavia, apenas foi possível trazer este elemento porque a própria organização estrutural do sistema permite a fim de ensejar a sua produção autopoietica.

Impende, agora, que se proceda a um desdobramento do tema a fim de bem posicioná-lo no âmbito do direito das relações internacionais, ao escopo de bem compreender os procedimentos extradogmáticos praticados pelos Estados.

Pois bem. Se observarmos o direito penal, como um subsistema do direito, teremos que admitir que é um sistema fechado, ou como se queira, autopoietico, porque na definição dos tipos penais ou os elementos normativos se encontram presentes ou não existe o tipo, pois naquele campo do direito se diz que vigora o princípio da estrita legalidade (*Nullum*

crimen, nulla poena sine praevia lege). Ou a tipologia se diz presente, delineando, gizando a conduta típica, ou o espaço é de liberdade. Todavia, não se pode olvidar, que até mesmo no direito penal, onde estão em causa valores maiores da essencialidade humana como a vida, a liberdade e a integridade física e moral, existem normas que conduzem, isto sim, a uma experiência com elementos fora do subsistema penal e até mesmo fora do sistema jurídico. De fato, que dizer das conhecidas normas penais em branco? Como pode o cientista do direito aplicar a norma penal em branco sem se valer de elementos externos a ela? Aonde estão, por exemplo, as doenças cuja notificação é compulsória a fim de ensejar a tipicidade prevista no art. 269 do Código Penal? Quais as mercadorias cuja internação ou exportação são defesas e quais as alíquotas de imposto devidas a ponto de se poder configurar os crimes de contrabando e descaminho na forma do art. 334 do Código Penal? Em ambas as hipóteses, a hetero-referência aponta para outras normas, que se não existirem, não haverá como aplicar o referido dispositivo, ou por outra, não se opera a autopoiese do sistema.

Porém, às vezes, o elemento externo à norma, para propiciar sua eficácia e, portanto, ensejar a autoprodutividade do sistema, não se encontra em outra norma. Para alcançar o elemento externo, o intérprete terá, nessa conformidade, que se socorrer dos sistemas social, econômico ou político. Que dizer, por exemplo, da qualificadora do homicídio prevista no art. 121, § 2º, III, do Código Penal? Por ali, vê-se que se o homicídio é cometido “com o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum” poderá ter a pena exacerbada. Não há no sistema jurídico brasileiro nenhuma norma que estabeleça quais os outros meios insidiosos ou cruéis ou quais as situações que possam resultar perigo comum a ponto de qualificar o homicídio. O sistema jurídico não se auto-produz! Que dizer, ainda, do tipo previsto no art. 219 do Código Penal: “Raptar *mulher*

honest, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso...” O que é ou deve se entender pela expressão etimológica *mulher honest*?!! Qual ou quais os paradigmas de que se valerá o cientista do direito para imprimir eficácia ao dispositivo? Aqui, sem dúvida, haverá elementos externos de outros sistemas sociais que vão influenciar de maneira direta no sistema jurídico, pois os seus próprios componentes não bastam de per si para ensejar o seu processamento a ponto de produzir efeitos. A esses elementos, chegará o operador do direito se se postar numa atitude inter-reflexiva de modo a estabelecer conexões dotadas de sentido a fim de que o sistema garanta sua produção autopoietica. Tais elementos, segundo Luhmann (1996, p. 98) já divisados por Maturana e Varela, são denominados *acoplamentos estruturais* porque a sua interação com o sistema decorre de possibilidade prevista na sua própria estrutura.

Essa “falta de autonomia operacional do direito positivo aponta para mecanismos extradogmáticos” e conduz, segundo Neves (1994, p. 128), para uma “sobreposição de outros códigos de comunicação, especialmente do econômico (ter/não ter) e do político (poder/não poder), sobre o código “lícito/ilícito”, em detrimento da eficiência, funcionalidade e mesmo racionalidade do Direito” e, em certos casos, em desfavor de sua própria legitimidade.¹⁶ Isso ocorre, por exemplo, quando o parlamentar vota em troca de favores, quando nas delegacias de polícia se facilita a condução de inquéritos mercê de subornos ou ainda quando o juiz é peitado.

¹⁶ Rossini Corrêa registra que “Até o presente estágio da humanidade, todas as proposições jurídicas foram, mais ou menos, unificadoras (no discurso) e conformadoras (na prática)”. Reconhecendo que os Direitos Humanos devem ser “uma força real de unificação do mundo fragmentário”, projeta a experiência jurídica sob múltiplas disjunções: ECONÔMICA (Proprietário x Não-proprietário); SOCIAL (Incluídos X Excluídos); JURÍDICA (Com Direitos x Sem Direitos); POLÍTICA (Governantes x Governados); e IDEOLÓGICA (Emissores x Receptores). (CORRÊA, 2004, pp. 86- 87).

Num autêntico Estado de Direito Democrático as expectativas quer cognitivas, quer normativas, não apontam para uma interferência tão nociva da economia e da política no direito. E a reprodução operacional do direito, própria da visão autopoietica, desenvolve-se sem que o seu código binário de preferência (não exclusivo) – lícito/ilícito – seja tão bloqueado. É óbvio que há bloqueios, mas não com a intensidade com que a política e a economia amordaçam o sistema jurídico, em razão da ingerência de seus códigos binários, como acontece nos Estados periféricos latino-americanos, africanos e asiáticos, onde o Estado de Direito ainda não se encontra bem sedimentado.

Isso permite concluir que propagar na chamada modernidade periférica a reprodução operacional autopoietica do direito dentro de um fechamento organizacional, aberta apenas cognitivamente para trazer os elementos culturais, econômicos, políticos, enfim, sociais, através de acoplamentos estruturais, além de poder fomentar uma indevida ingerência dos códigos binários próprios da política e da economia sobre o direito, o que revelaria uma abertura cognitiva à clausura operacional completamente nefasta ao sistema, implica, também, uma limitação inapropriada à expansão do fenômeno jurídico na modernidade ou, como se queira, na tão decantada pós-modernidade, quando se verifica que nenhum aporte do meio circundante poderá ser trazido para dentro do sistema jurídico sem que decorra de possibilidade estrutural interna do próprio sistema a fim de manter sua produção autopoietica segundo concebida por Luhmann (1996, p. 98).

Sob tal contexto, parece acertado, efetivamente, divisar-se uma manifestação alopoiética do direito, que deixaria de ser considerado organizacionalmente fechado (clausura organizacional) para admitir outros espaços de criação e aplicação normativas, que não aqueles

criados exclusivamente pelo Estado com o monopólio da função criadora (legislativa) e aplicadora do Direito (executiva e judicial), que vicejam hodiernamente estabelecendo procedimentos fora do campo da dogmática jurídica, portanto, extradogmáticos, como mais adiante se verá.

Todavia, é preciso se ter presente que tais espaços normativos, tal qual o mero acoplamento de sistemas cogitado por Luhmann apenas no plano cognitivo, ao invés de fortalecer e caminhar os Estados periféricos para a condensação do Estado de Direito Democrático, podem bloquear ainda mais o código binário jurídico (lícito/ilícito) e frear os passos do Estado rumo à democracia com a satisfação do princípio dignitário.

Por isso mesmo, Maia (1999, p. 55) louva-se em Deodato para afirmar que é preciso bem caracterizar procedimentos extradogmáticos voltados para estabelecer na realidade a estrutura do Estado. Arremata afirmando que:

“O Estado, em uma realidade subdesenvolvida, que se caracteriza pela sua impossibilidade de deter o monopólio da produção do direito, possui uma série de mecanismos paralelos para buscar solucionar os conflitos surgidos. Tais mecanismos paralelos, como procedimentos extradogmáticos que são, por vezes se tornam indispensáveis ao perfeito funcionamento da engrenagem do Estado.” (MAIA, 1999, p. 55).

A caracterização de tais procedimentos extradogmáticos revela o conteúdo alopoiético do direito. Deveras, divisam-se procedimentos que não encontram conexão com a estrutura do sistema jurídico, portanto não são auto-referenciais, o que afastaria a possibilidade de acoplamento estrutural, mas que, em algumas hipóteses, criam no mundo circundante um espaço normativo válido porque hetero-produtivo (erigido a partir da interação de vários sistemas) e voltado para a satisfação da dignidade da pessoa humana e sedimentação da democracia.

Essa visão coloca o direito num sistema aberto ou hetero-produtivo, portanto *alopoiético* (de *al*, *állos*, do grego, elemento de composição significando “outro”, “um outro”, ou “diferente” e *poíesis*, do grego, elemento de composição significando “formação”, “criação”, segundo Ferreira¹⁷) onde até mesmo sua legitimidade encontraria espaço também em elementos externos, circundantes, ou como se queira, nos sistemas político, econômico e social e não apenas no próprio direito mercê de acoplamento estrutural. Por esse caminho busca-se trazer o direito para um contato mais aberto com a vida, e a experiência jurídica se completa com elementos externos trazidos de outros sistemas, que em completude vão imprimir o passo para compreensão do fenômeno jurídico.

Nessa linha, é preciso se ter presente como o fez Dias¹⁸ que

“(...) un Derecho, en cuanto expresión de las fuerzas y grupos sociales que están en su base puede, en efecto, representar un factor de inmovilismo, de conservación (en mayor o menor escala) del orden existente, pero puede fortalecer también un proceso de verdadero cambio y transformación social.”

Com efeito, a concepção do direito nessa conformidade colocará o seu cientista diante de duas grandes funções: 1ª) divisar o direito como um sistema aberto que se integra com elementos provenientes dos sistemas econômico, político, enfim, social, ainda que não inter-referentes; e 2ª) expungir desta abertura os procedimentos extradogmáticos que não legitimadores do direito¹⁹, porque não voltados para a satisfação da dignidade da pessoa humana e

¹⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, pp. 90 e 1352.

¹⁸ DÍAZ, Elias. Sociología y Filosofía del Derecho. Madrid: Taurus, 2ª edición, p. 203, apud Feitosa (2003, p. 251).

¹⁹ A legitimação do direito pelo procedimento tem sido o marco de uma teoria material da democracia. Nesse sentido conferir Luhmann em Legitimação pelo procedimento. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980. Efetivamente, a processualização tanto do ato administrativo, quanto dos atos jurídicos privados tem sido o toque da moderna concepção democrática, quando se divisa nessa processualização o espaço de discussão apropriado para afluir elementos legitimadores. Ilustrando, considere-se que os sistemas jurídicos modernos expungiram quaisquer distinções entre filhos havidos na constância do casamento ou fora dele. Legitima-se, com isso, aquele

aprimoramento da democracia, se conduzidos a intensidade máxima poderiam, provavelmente, levar a alopoiese jurídica a uma autofagia do próprio direito²⁰.

É sob o pálio desta compreensão que se enfrentará o *ius cogens* como fonte do Direito Internacional e a fundamentabilidade dos direitos humanos consagrados em tratados; a paradiplomacia - irrompimento de relações internacionais por governos locais (não-centrais); o cumprimento direito – sem carta rogatória – entre Estados fronteiriços; e a incorporação ao sistema jurídico pátrio do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; como procedimentos extradogmáticos, que integram o sistema jurídico no âmbito do direito das relações internacionais.

que age, que procede como pai, ou, quando menos, que assim deva agir ou proceder. Afastam-se, assim, dogmas ou rotulações normativas colocando-se o direito em maior contato com a vida.

²⁰ Para Luhmann (1980, p. 120) a autofagia do direito, sob tal conformação, pressuporia “defender um direito totalmente alterável [que] parece ser tão absurdo quanto tentar construir com pedras líquidas e não sólidas. Não existe.”

5. O CARÁTER *IUS COGENS* DAS NORMAS GERAIS DE DIREITO INTERNACIONAL E A FUNDAMENTABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS CONSAGRADOS EM TRATADOS.

O conjunto das idéias expostas apontam para que se considere a constituição como um sistema aberto. É dizer: as normas constitucionais não são apenas as explícitas. Há de se admitir a existência de normas constitucionais não explícitas, isto é, não formalmente constitucionais, conquanto possam ser até mesmo materialmente constitucionais.

Nessa ordem, as constituições das últimas décadas do século passado começaram a ampliar o elenco dos direitos fundamentais antes reduzido ao formalmente expresso no texto, para admitir como integrantes do sistema constitucional aqueles provenientes de normas de direito internacional. A expansão deste fenômeno tem sido conhecida como a internacionalização do Direito Constitucional. De fato, não faltam nas constituições modernas referências a normas de direito internacional como os tratados e os princípios.

Na verdade, este fenômeno eclodiu ao escopo de imprimir um grau de eficácia desejável às normas internacionais consagradoras de direitos humanos. Como se sabe, o grande problema do Direito Internacional é a questão da eficácia de suas normas. De fato, as normas de Direito Internacional se ressentem da coercibilidade de que gozam as normas do direito estatal. Deveras, a Corte Internacional de Justiça não consegue, ainda, impor o comando emergente de suas decisões aos Estados, que se vêem livres, em nome da soberania, para cumprirem ou não as

normas internacionais. As sanções, via de regra, se restringem ao campo político, como, por exemplo, notas de repúdio ou embargo econômico, mas a experiência tem demonstrado que os

Estados, até mesmo os periféricos, sobrevivem a embargos. Daí porque, a idéia que vicejou nas últimas décadas do século passado, foi a de trazer para o âmbito da constituição normas de Direito Internacional, sobretudo os princípios e tratados voltados para assegurar a paz e a convivência internacionais e a dignidade da pessoa humana.

Esse fenômeno, como se disse, tem-se expandido, podendo-se afirmar que as constituições, de um modo em geral, se abriram para recepcionar os preceitos de Direito Internacional consagradores de direitos humanos ao fito de imprimir-lhes, como normas de direito interno, maior grau de eficácia.

Essa expansão do fenômeno da internacionalização do Direito Constitucional propicia um espaço mais amplo para a fundamentabilidade dos direitos humanos, que não se limitariam apenas aos direitos positivados expressamente na Constituição, mas também aqueles que estivessem previstos em tratados ou princípios de Direito Internacional. Essa idéia apenas pode ser concebida, com efeito, se se considerar a Constituição como um sistema aberto de normas e princípios. De modo contrário, reduzindo-a ao texto expreso, não se terá como admitir que um direito previsto num tratado integre, como norma constitucional, o elenco de direitos de um Estado.

Não obstante a importância da questão, o fato é que a recepção dos tratados e princípios de Direito Internacional em defesa da dignidade humana não tem obtido contornos bem definidos. Isso se deve à circunstância de que, não raro, invoca-se a soberania para afastar a recepção desta ou daquela norma internacional porque contrária à normatividade constitucional expressa. Daí, a relevância do tema, sobretudo no Brasil, que a exemplo de outros Estados, encara a soberania de forma absoluta, relutando em admitir a integração da constituição com

outras normas, numa relação de inter-referência, mesmo a despeito, nalguns casos, de disposições constitucionais expressas nesse sentido.

De outra parte, ao lado da preocupação com a vivência dos direitos humanos, os Estados europeus integrantes da União Européia se depararam com a necessidade de adaptar suas legislações ao processo de integração regional. Com efeito, buscava-se uma união de Estados diferente, não apenas sob o pálio de um vínculo contratual, que serviu por tanto tempo para validar as confederações, mas, na verdade, uma união que estabelecesse um vínculo constitutivo, assemelhado em tudo e por tudo ao vínculo de natureza constitucional estabelecido no plano interno. Somente sob o influxo de uma ordem desta natureza se conceberia que os Estados partes pudessem equalizar a satisfação de seus interesses em benefício de seus povos.

A unidade resultante deste fenômeno, que na Europa expande-se desde o final da década de cinquenta, teria que se situar acima do Estado e sob o império do Direito Internacional para, de um lado, suprimir a falta de eficácia daquele e, de outro, podar a sanha unilateralista fulcrada num conceito de soberania absoluta. Somente assim, poder-se-ia admitir a submissão dos Estados a um novo centro de poder que encerra as funções básicas do próprio Estado de criação e aplicação normativas. É dizer, constitui-se um novo nível de decisão legislativa, executiva e jurisdicional, ao qual se submetem os Estados e seu elemento humano.

A união daí resultante é, de fato, de natureza constitutiva porque se divisa a existência de poderes legislativo, executivo e jurisdicional que não são estatais, nem inter-estatais, mas supranacionais ou comunitários. É por isso que se afirma que a abertura das constituições modernas, por esse viés - que não prescinde, necessariamente, da flexibilização da soberania, a fim de ser exercida de forma compartilhada pelo órgãos supranacionais - deflagrou o

fenômeno da constitucionalização do Direito Internacional, numa alusão ao vínculo assemelhado a uma constituição, de fato, de natureza constitutiva, que se forma no âmbito do Direito Internacional. O Tratado de Maastricht não deixa dúvida sobre a natureza constitutiva da União Européia em evolução desde o Tratado de Roma, sendo certo que, atualmente, já se encontra elaborada uma Constituição, que está sendo submetida a *referendum* pelos Estados.

Sob um ou outro viés, a abertura da constituição partindo-se de um compartilhamento da soberania pode efetivamente ser divisada nos textos constitucionais dos Estados da União Européia e latino-americanos²¹. Observa-se que a preocupação com a vivência

²¹ Vale conferir, nesse sentido, as seguintes disposições: **Constituição da Alemanha:** “Artigo 24 Organizações internacionais 1. A Federação pode transferir, por via legislativa, direitos de soberania para organizações internacionais. 1 a. Sempre que os Estados federados corresponda o exercício de competências e o cumprimento de funções estatais, podem, com a aprovação do Governo Federal, transferir direitos de soberania para instituições transfronteiriças. 2. Com o fim de manter a paz, a Federação pode aderir a um sistema de segurança coletiva recíproca, aceitando restrições aos seus direitos de soberania que promovam e assegurem uma ordem pacífica e duradoura na Europa e entre os povos do mundo...Artigo 25 Direito Internacional Público e Direito Federal As normas gerais do Direito Internacional Público são parte integrante do Direito Federal, prevalecem sobre as leis e constituem fonte de direitos e obrigações para os habitantes do território federal”. **Constituição da Áustria:** “Artigo 9. 1. As normas geralmente reconhecidas do Direito Internacional são parte integrante do ordenamento federal. 2. Através de lei ou tratado internacional, autorizado conforme o disposto no ponto 1 do artigo 50, podem transferir-se direitos de soberania da Federação para instituições interestaduais e para os seus órgãos e regular no âmbito do Direito Internacional a atividade dos órgãos do Estado estrangeiro no território nacional, bem como a de órgãos austríacos no estrangeiro”. **Constituição da Espanha:** “Artigo 10 2. As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece serão interpretadas de acordo com a Declaração dos Direitos do Homem e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificados por Espanha.” **Constituição da França:** “Artigo 55 Os tratados e acordos regularmente ratificados ou aprovados possuem, desde a publicação, autoridade superior à das leis, sob reserva, em cada caso, de aplicação pela outra parte” **Constituição da Itália:** “Artigo 10 A ordem jurídica italiana conforma-se com as regras do Direito Internacional geralmente reconhecidas... Artigo 11 A Itália repudia a guerra como meio de ofensa à liberdade dos outros povos e como meio de resolver as controvérsias internacionais; consente, em condições de paridade com outros Estados, nas limitações de soberania necessárias para um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as nações; promove e apóia as organizações internacionais que visam esse objetivo.” **Constituição dos Países Baixos:** “Artigo 90 O Governo promove o desenvolvimento da ordem jurídica internacional. Artigo 91. 1. O Reino não ficará vinculado por tratados nem estes poderão ser denunciados sem a aprovação prévia dos Estados Gerais. A lei determina os casos em que esta aprovação não é necessária. 2. A lei determina o modo como é concedida a aprovação e pode prever a possibilidade de aprovação tácitas. 3. Quando um tratado incluiu disposições contrárias à Constituição, as Câmaras não podem dar a sua aprovação sem, pelo menos, dois terços dos votos expressos. Artigo 92. Podem ser atribuídas por tratado, ou em virtude de um tratado, competências legislativas, administrativas e judiciais a organizações de Direito Internacional Público, observando, se necessário, o disposto no artigo 91, número 3. Artigo 93 As normas dos tratados e as resoluções das organizações de Direito Internacional Público com conteúdo vinculativo geral só têm eficácia cogente após a sua publicação. Artigo 94. As disposições legais em vigor no Reino não são aplicáveis se a sua aplicação não for compatível com as normas dos tratados ou as resoluções das organizações de Direito Internacional Público com efeito vinculativo geral.” Observa-se, de um modo geral, a preocupação com a vivência

dos direitos humanos é o norte que tem guiado as constituições que se expandem para recepcionar normas de Direito Internacional nesse sentido. De um modo geral, as cartas não têm hesitado em transferir soberania para órgãos internacionais ou supranacionais e o fazem, com efeito, sob os auspícios de imprimir uma maior tutela aos direitos humanos e para, efeito do compartilhamento da soberania, permitir a união mais duradoura entre os Estados, agora sob um vínculo de natureza constitutiva como no caso dos Estados integrantes da União Europeia.

Constituição de Portugal: “Artigo 7º. nº 6. Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica e social, convencionar o exercício em comum dos poderes necessários à construção da união europeia. Artigo 8º (Direito Internacional) nº 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português... nº 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos... Artigo 16º nº 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. nº 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”

Constituição da Suécia: “Artigo 5 O Parlamento poderá transferir o poder decisório para as Comunidades Europeias sempre que estas assegurem uma proteção de direitos e liberdades equivalente às oferecidas pelo presente Instrumento de Governo e pela Convenção Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. O Parlamento decidirá sobre este tipo de transferência através de uma resolução, que deverá obter o voto favorável de três quartos, pelo menos, dos votantes. A resolução do Parlamento poderá também ser aprovada através do procedimento estabelecido para a aprovação de uma lei fundamental. Nos restantes casos, os poderes de decisão baseados diretamente no presente Instrumento de Governo, ou que tenham como objeto a aprovação de normas, a aplicação de recursos do Estado, a conclusão ou, conforme o caso, a denúncia de tratados ou obrigações internacionais, poderão ser transferidos, de forma limitada, para uma organização internacional de cooperação em favor da paz a que o Reino tenha aderido, ou vá aderir, ou para um tribunal internacional. Neste ponto, não se poderá transferir qualquer poder de decisão que tenha como objeto a aprovação, modificação ou revogação de alguma lei fundamental...”

Constituição do Uruguai: “Art. 72 – A enumeração dos direitos, deveres e garantias expressos nesta Constituição, não exclui outros que são inerentes à personalidade humana ou derivem da forma republicana de governo.”

Constituição da Argentina: “Artículo 33 – Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Artículo 75 – Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional.”

Constituição do Paraguai: “Artículo 45 – De los Derechos y Garantías no enunciados. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía. Artículo 137 – De la Supremacía de la Constitución La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.”

dos direitos humanos é o norte que tem guiado as constituições que se expandem para recepcionar normas de Direito Internacional nesse sentido.

De um modo geral, as cartas não têm hesitado em transferir soberania para órgãos internacionais ou supranacionais e o fazem, com efeito, sob os auspícios de imprimir uma maior tutela aos direitos humanos e para, efeito do compartilhamento da soberania, permitir a união mais duradoura entre os Estados, agora sob um vínculo de natureza constitutiva como no caso dos Estados integrantes da União Européia.

Vale notar que em algumas constituições os tratados, a esse declarado escopo recepcionados, encontram-se em posição superior às leis (Alemanha: art. 25; França: art. 55; Holanda: art. 94; Itália: art. 10; Argentina: art. 75, item 22; e Paraguai: art. 45). Tais constituições, com mais densidade do que aquelas que apenas integram as normas de Direito Internacional ao Direito interno com força de lei, encontram-se sob o pálio do monismo kelseniano. Com efeito, é evidente a primazia do Direito Internacional sobre o Direito estatal.

Como visto, algumas Constituições destacam a prevalência das normas de Direito Internacional que ocupariam posição hierárquica superior a das leis. Isso significa dizer que a legislação nacional deve ajustar-se aos preceitos estabelecidos nas normas internacionais, como efetivamente disse a Constituição da Itália, que “A ordem jurídica italiana conforma-se com as regras do Direito Internacional geralmente reconhecidas.”

Note-se: afirmar que as normas de Direito Internacional prevalecem sobre as leis, como o fazem as Constituições da Alemanha, França, Países Baixos, Itália e Paraguai, pode gerar duas ordens de conclusão: a primeira, a de que a superioridade hierárquica se daria apenas

em face da legislação ordinária; e a segunda, a de que a prevalência se daria, também, em face da própria constituição. Há constituições em que a questão restou vazada de forma clara como acontece com o comando emergente do art. 25 da Carta alemã, ou mesmo o art. 9, 1, da congênere austríaca. Já a Constituição argentina, de sua parte, busca espantar dúvida quando proclama que os tratados que consagram direitos humanos que elenca têm hierarquia constitucional (art. 72, 22) e que outros poderão ter este *status* desde que aprovados por um *quorum* qualificado.

A questão, todavia, está longe de ser resolvida pelas disposições vazadas nas mais diversas constituições. Deveras, na doutrina internacionalista está-se formando o entendimento de que as normas de Direito Internacional consagradoras de Direitos Humanos têm caráter supraconstitucional. Essa moderna corrente, que cada dia ganha mais adeptos, parte do pressuposto da precedência histórica dos Direitos Humanos, bem como de sua essencialidade para a plenificação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Entre nós, Galindo (2002, pp. 283-284) ressalta que:

“Poder-se-ia, ademais, admitir que certos Direitos Humanos teriam este caráter. Se se parte da visão de que os tratados de Direitos Humanos visam a concretizar os princípios da dignidade humana e da prevalência dos Direitos Humanos, tais direitos, quando considerados de natureza *jus cogens* teriam, conseqüentemente, estatuto supraconstitucional.

Cançado Trindade, em alguns de seus votos na Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem defendido que alguns direitos humanos possuem caráter *jus cogens*, o que leva a crer que se sobreporiam à própria Constituição Interna (...)”

Efetivamente, a existência de um *ius cogens* conduz à idéia de um direito vinculativo, obrigatório, cogente, que se contrapõe a normas meramente preceptivas ou dispositivas. Dizer, portanto, que alguns Direitos Humanos possuem caráter *ius cogens*, é admitir

o caráter vinculante das normas que os consagrem e em se tratando de normas de Direito Internacional, a conclusão é a de que o comando delas emergentes vincularia de forma obrigatória, portanto, cogente, a sua observância no plano interno, decorrendo, daí, o caráter supraconstitucional. Por certo a maturação deste conceito será de grande importância no âmbito da responsabilização internacional do Estado, quando se afasta o caráter meramente dispositivo de normas consagradoras de Direitos Humanos.

No entanto, segundo ainda registra Galindo (2002, p. 308), a concepção de normas de caráter *jus cogens* ainda se encontra no espaço da formulação teórica própria da doutrina, não tendo a Corte Internacional de Justiça imprimido densidade a sua aplicação, embora previsto desde a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados²².

A Convenção, todavia, ainda não foi incorporada ao sistema jurídico brasileiro, não obstante aprovada pela Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados, aguarda ser submetida à deliberação do plenário.

A natureza *ius cogens* das normas gerais de Direito Internacional resultaria da necessidade de imprimir maior eficácia a princípios fundamentais e essenciais à dignidade da pessoa humana e a garantir uma convivência pacífica entre os Estados. Assim como no Direito interno há preceitos de ordem pública que se impõe limitando a vontade das partes, igualmente

²² O autor refere-se ao art. 53 da Convenção assim vazado: “É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.” Já o art. 64, dispõe sobre a superveniência de uma norma de *ius cogens* prescrevendo que “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.” As consequências dessa nulidade estão disciplinadas no art. 71 de modo a fazer prevalecer a nova norma, destacando-

no âmbito do Direito Internacional o caráter impositivo, cogente, não meramente dispositivo das normas de *ius cogens* limitariam a vontade soberana do Estado. Assim, o *ius cogens* tem sido concebido como fonte do Direito Internacional.

Robledo chama a atenção para a circunstância que as disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados acerca do *ius cogens* revelam mais uma vitória do positivismo do que uma solução para a questão. O renomado internacionalista alerta para a circunstância de que a aceitação e o reconhecimento se distinguem da criação, pois pressupõem algo que preexiste, que se reconhece, que se aceita:

“... De modo, pues, que las normas imperativas bien pudieran ser de derecho natural, sólo que, para imponerse en la práctica, tiene que pasar por la aceptación y reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Lo que lograron los positivistas, eso sí, fue que las normas imperativas, sea cual fuere su origen, han de ser positivizadas por la aceptación y reconocimiento de los Estados, para poder entrar en circulación, pero no por esto se ha resuelto la cuestión del origen último de tales normas. La discusión podrá ser interminable, porque de una y otra parte podrá pretenderse, con visos de verosimilitud, esto o lo outro.” (ROBLEDO, 1984, p. 520)

Deveras, depara-se aqui, uma vez mais, com a idéia de reduzir o direito à norma escrita, como se a positivação possuísse o condão de imprimir o reconhecimento das normas de *ius cogens* por parte dos Estados. Basta ver, a propósito, a situação do Brasil, onde a convenção que estabeleceu a pretensão de normas internacionais vinculadas à concepção sequer ainda foi incorporada. Daí porque prossegue Robledo (1984, pp. 520/521) afirmando que:

“En el estado actual de mi meditación sobre este punto, yo diría que hay dos especies de ius cogens: un ius cogens naturale, aunque positivizado, si ha de entrar en circulación, y un ius cogens positivum, positivo de origen, en tanto que el primero es positivo por incorporación al corpus iuris positivum.”

se, de acordo com a alínea “b” do inciso I que as partes são obrigadas a “adaptar suas relações mútuas à norma imperativa de Direito Internacional geral.”

En ciertos casos podrá ser difícil el deslinde entre una y otra de las dos especies sobredichas; en otros, por el contrario, de lo más fácil. La prohibición de la esclavitud, del genocidio, por ejemplo, son con toda evidencia, normas iuris cogentis naturalis, mientras que la actual condición de los fondos marinos, que han sido declarado patrimonio común de la humanidad, es, a mi parecer, ius cogens positivum, que ha nacido por un acto constitutivo de la comunidad internacional, y no meramente declarativo, como en el ius cogens de la primera especie.” (ROBLEDO, 1984, pp. 520 – 521).

Sob estas duas vertentes, conclui Robledo ser plenamente possível em razão do mandamento vazado no art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, divisar-se a existência do *ius cogens* sem que seja necessário recorrer-se ao direito natural. De fato, os exemplos de que se valeu são profundamente esclarecedores de norma geral de Direito Internacional de caráter vinculativo e cogente que preexiste a positivação – e por isso são apenas declaradas, quando positivadas – bem como de normas gerais criadas, portanto antes inexistentes, e que se impõem vinculando a atuação dos agentes no cenário internacional em face da essencialidade para uma convivência digna.

Merece destacar o impulso impingido à concepção doutrinária pelo comando vazado no art. 94 da Constituição dos Países Baixos, neste estudo já transcrito, que reconhece a primazia das normas de Direito Internacional Público *com efeito vinculativo geral* sobre a legislação interna.

Constituindo-se normas *ius cogens* os Direitos Humanos fundamentais preexistem, vinculam e compelem a atuação dos Estados, numa visão extradogmática do Direito, e ainda que positivados em tratados erigem-se com caráter supraconstitucional.

Enquanto, todavia, se trabalhar sob o ranço de uma concepção absoluta de soberania, sem dúvida será muito difícil esta proposição – que é erigida em defesa da efetividade

dos Direitos Humanos – adquirir foros de aceitabilidade. Por ora, ainda é grande a resistência de imprimir fundamentabilidade aos tratados de Direitos Humanos até mesmo como norma constitucional, como se verá mais adiante ao se enfrentar a matéria em face da Constituição brasileira.

5.1. Os parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição brasileira.

A influência da Constituição portuguesa na elaboração da Carta brasileira de 1988 é patente nas questões ora em estudo. Deveras, o simples cotejo do art. 4º e dos §§ 1º e 2º do art. 5º com os dispositivos da Carta de Portugal antes transcritos²³ não permitem outra conclusão.

Não obstante, a recepção das normas internacionais consagradoras de Direitos Humanos não tem obtido da doutrina e jurisprudência brasileiras um tratamento voltado para assegurar a fundamentabilidade material de tais direitos. Basta perceber o dissenso doutrinário acerca do alcance do preceito vazado nos parágrafos primeiro e segundo do art. 5º da Constituição.

Equacionando a matéria, impende conferir que o § 2º do art. 5º da Constituição brasileira estabelece que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Significa dizer, desde aí, que se o Brasil celebra um tratado, vale dizer, é parte de um tratado que verse sobre Direitos Humanos e que amplie o rol

²³ Conferir na nota nº 21.

dos direitos estabelecidos na Carta, esse tratado se incorporaria ao sistema jurídico pátrio como norma materialmente constitucional porque definidora de direitos.

A incorporação desse tratado, de sua parte, em razão do mandamento vazado no § 1º do mesmo artigo, independeria dos procedimentos estabelecidos para a introdução do tratado, como norma de direito internacional, no plano interno. É que, confira-se, pelo disposto nesse último comando normativo, “as normas definidoras de direito fundamental têm aplicação imediata.”.

Assim, concluída a celebração do tratado e o Brasil sendo nele parte, não haveria de se cogitar de ratificação pelo Congresso Nacional, nem promulgação pelo Presidente da República, porque a recepção da norma de direito internacional decorreria do comando emergente do § 2º do art. 5º e sua aplicabilidade se daria de forma imediata, sem, como se afirmou, a exigência dos procedimentos voltados para imprimir fundamento de validade interna aos tratados adotado pela Carta na dicção do art. 49, I, norma agasalhada pela doutrina dualista não admitindo que a norma do direito internacional possa ser aplicada internamente com o mesmo fundamento de validade do direito internacional, necessitando, desde aí, da manifestação política do Estado para que possa ter validade em seu território.

Convém perceber que a norma vazada no § 1º do art. 5º encontra-se guarneçada pelo matiz kelseniano da doutrina monista com primazia do direito internacional sobre o direito interno – monismo internacionalista - o que permite a aplicabilidade direta e imediata do tratado.

Admitir a integração da Constituição com os tratados que versem sobre Direitos Humanos, que seriam dotados de eficácia desde sua celebração, como já se assentou, ainda não

goza de foro mais amplo na doutrina brasileira, muito menos na jurisprudência, mas, sem dúvida, avulta-se o caminho apropriado para imprimir fundamentabilidade aos Direitos Humanos proclamados em tratados celebrados pelo Estado brasileiro²⁴. Vozes neste sentido, não obstante, já se levantam, sendo certo que o dissenso volta-se mais para o campo da aplicabilidade imediata, já se admitindo, em maior escala a incorporação dos direitos previstos em tratados como normas constitucionais.²⁵

²⁴ Esta dissertação foi concluída antes do advento da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou o § 3º ao art. 5º. O dispositivo acrescido encontra-se assim vazado: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” Como se vê, prevaleceu, como aqui neste estudo se divisava, o veio do dogmatismo clássico, sob a tendência ainda dominante de reduzir o direito à norma escrita. O constituinte derivado seguiu a orientação da Suprema Corte para apenas admitir que se integraria ao sistema jurídico como norma constitucional os tratados de direitos humanos que forem aprovados com a mesma formalidade exigida para a emenda à Constituição. Com efeito, a aprovação em cada casa em dois turnos de votação e com o quorum de três quintos constituem limitações formais de natureza procedimental impostas ao exercício do poder constituinte derivado conforme estabelece o § 2º do art. 50 da Carta. Confira-se, na dicção do dispositivo, o receio untado no ranço dogmático, que sente dificuldade em afirmar que o tratado é incorporado como norma constitucional. É, de fato, uma linguagem forte para quem não rompeu a estrutura científica clássica do direito. Por isso, após estabelecer que a aprovação do tratado ocorrerá com as mesmas exigências formais estabelecidas para a edição de emenda, a norma se torna redundante quando afirma o óbvio na expressão etimológica que fecha a proposição: “serão equivalentes às emendas constitucionais”. O que o constituinte quis dizer e teve receio é que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, integram a Constituição.” Esta seria a melhor roupagem filológica da norma na verdade despicienda. De qualquer modo, do dispositivo acrescido se extrai a ilação de que o tratado, ainda que consagre direitos humanos, não será incorporado à Constituição quando não obedecidas as exigências procedimentais estabelecidas para o exercício do poder constituinte derivado, hipótese em que será incorporado como lei ordinária se assim desejar o Congresso Nacional. Esse tratamento da matéria alinha-se àquele imprimido pela Constituição da Argentina (conferir nota 21).

²⁵ Nesse sentido, vale conferir: 1º) CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção aos Direitos Humanos, in “A Incorporação das Normas Internacionais de proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro”. San Jose de Costa Rica/Brasília: 1996, Ed. Cançado Trindade, pp. 205 – 236; 2º) PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 75 – 120; 3º) PIOVESAN, Flávia. Globalização Econômica, Integração Regional e Direitos Humano, in PIOVESAN, Flávia (Coordenadora). “Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional”. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 39 – 75; 4º) MELLO, Celso D. de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal, in TORRE, Ricardo Lobo (Org.). “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25-26; 5º) GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp.249 – 321; e 6º) MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais. Estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, pp. 233 – 325.

A despeito da boa indicação doutrinária, na Suprema Corte a matéria obteve direcionamento pela vertente oposta. Com efeito, mais de uma vez, o STF enfrentou o problema da aplicação de tratado de direitos humanos em face do direito interno. Numa destas oportunidades, o debate foi suscitado quando se deparou com a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que impingiu tutela contra a despedida arbitrária. Note-se que este tratado foi celebrado e incorporado pelo Estado brasileiro. Todavia, sob fundamentos, entre outros, que a estabilidade no emprego depende de lei complementar nos termos do art. 7º, I, da Carta, o STF não admitiu que um tratado pudesse ser incorporado como lei complementar, quando, segundo a Suprema Corte, tradicionalmente, no sistema jurídico brasileiro os tratados são incorporados como lei ordinária²⁶.

Observe-se que neste julgamento foi imprimida uma densidade normativa ao art. 7º, I, que lhe deferiu maior relevância em detrimento do comando emergente do art. 5º, § 2º, da Carta. Posições contrárias, todavia, expendem-se dos votos vencidos dos ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence, sob vários fundamentos, inclusive sob a perspectiva do monismo internacionalista e da possibilidade da Convenção nº 158 da OIT se encontrar incorporada como lei complementar.

A posição do STF pode ainda ser divisada quando enfrentou a prisão civil de depositário infiel em face do Pacto de São José da Costa Rica. Aqui, em várias oportunidades, sustentou a Suprema Corte que tratado somente pode ser incorporado como lei ordinária, permitindo a conclusão de que o artigo 7º, inciso 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao estabelecer a possibilidade de apenas uma hipótese de prisão civil: aquela do

²⁶ ADI 1480 MC/DF, rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 18.05.2001.

devedor de prestação alimentícia, não se encontra recepcionado em face da Constituição prescrever prisão civil para o devedor de prestação alimentícia e para o depositário infiel (art. 5º, LXVII).

Admitir-se a recepção em respeito ao § 2º do art. 5º, implicaria, nesta hipótese, anuir que aquele tratado possuiria o condão de derrogar o preceito constitucional do art. 5º, LXVII. E, isso, segundo a Suprema Corte se avulta inadmissível porque “Os compromisso assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica (“ninguém deve ser detido por dívida”: “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”) deve ser interpretado com as limitações imposta pelo art. 5º, LXVII, da Constituição.”²⁷

Em razão da motivação deduzida pela Suprema Corte, uma indagação se impõe: Estaria, na hipótese, o compromisso assumido pelo Estado brasileiro, em tratado internacional de que é parte, minimizando o conceito de soberania do Estado-povo? A resposta, com a devida vênia, é negativa. O raciocínio é exatamente o contrário.

Ora, é postulado das sociedades políticas democráticas o de que “todo poder emana do povo”. Diferentemente não o é no Estado brasileiro onde sua Carta Política faz vazar expressamente este preceito (art. 1º, parágrafo único). Na verdade, está-se diante de preceito que num Estado de Direito Democrático não precisa sequer está insculpido de forma explícita porque se trata de norma de natureza supraconstitucional, que ao lado das consagradoras de Direitos

Humanos situam-se no âmbito do que está se convencendo chamar no direito internacional de *ius cogens*, ou, como já se viu, trata-se de preceitos erigidos em defesa da proteção da dignidade da pessoa humana que, em razão de sua essencialidade para a existência digna teriam o condão de se erigir com caráter *erga omnes* e pautariam, ainda que em caráter extradogmático, as ações do Estado estabelecendo atitude mais vinculativa do que dispositiva da parte destes em relação à satisfação de seus conteúdos.

Permite-se concluir, desde aí, que até o exercício do poder constituinte originário encontraria limitação nas normas supraconstitucionais de caráter *ius cogens*. Decorrentemente, não há como não admitir que a vontade soberana do povo brasileiro está vazada na Constituição no sentido de admitir que os tratados que versem sobre direitos humanos estão incorporados ao sistema jurídico pátrio como norma de natureza constitucional (art. 5º, § 2º) e, diga-se de passagem, não como qualquer norma de natureza constitucional, senão como norma materialmente constitucional o que traz reflexos em relação à fundamentabilidade formal de tamanha importância.

Assim, como corolário, é forçoso admitir-se que o art. 7º, inciso 7, da Convenção Interamericana de Direito Humanos está recepcionado no sistema jurídico brasileiro como norma constitucional, por força do comando emergente do art. 5º, § 2º, da Carta, em satisfação da vontade da soberania popular expressada em assembléia constituinte. E, em decorrência, autoriza-se concluir que a nova norma constitucional derogou a norma constitucional anterior, ou seja: aquele dispositivo do tratado revogou parcialmente o inciso LXVII do art. 5º da Constituição, de modo a ter-se como certo que no Estado brasileiro existe,

²⁷ excerto da ementa do HC 73044/SP, de relatoria do Min. Maurício Correia, DJ de 20.09.96.

agora, apenas uma espécie de prisão civil por dívida: a do devedor de prestação alimentícia pelo inadimplemento voluntário e inescusável.

Vê-se, sob tal contextura, que o viés para solucionar a questão não se encontra no fundamento da soberania, que no entender da Suprema Corte não pode ser minimizado. Enxerga-se, ao contrário, que a soberania resta fortalecida ao se imprimir eficácia ao dispositivo constitucional cujo conteúdo expressa a vontade popular soberana. Essa interpretação, convém notar, além de satisfazer o fundamento da soberania (art. 1º, I e parágrafo único), volta-se para igualmente satisfazer outro fundamento de igual ou maior importância: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Sem dúvida alguma, a razão de ser do próprio Estado e de sua soberania, não deve ser outra senão proporcionar uma vivência digna para o homem. Permitir o desenvolvimento de todas as aptidões inerentes à personalidade a fim de assegurar que se viva plenamente. Daí porque, atento a tal circunstância, Bonavides (2001, p. 233) ressalta a hegemonia do princípio da dignidade da pessoa humana fazendo ver que:

“Toda a problemática do poder, toda a porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.”

Deveras, há sentido falar em soberania se o seu exercício estiver voltado para imprimir conteúdo material ao fundamento da dignidade da pessoa humana, o que efetivamente só se pode conceber no âmbito de uma constituição aberta voltada como defende Canotilho

(1992, p. 510) para a realização plural de todo o sistema constitucional, que possibilite o pleno desenvolvimento do homem.

A posição que está prevalecendo na Suprema Corte redundante por hipertrofiar o conceito de soberania em detrimento da dignidade da pessoa humana e resulta, sem dúvida, de uma visão dogmática que reduz o direito a normas explícitas. Com isso fecha-se a Constituição, impedindo que a ação da jurisprudência funcione como mecanismo propulsor de uma expansão do fenômeno da mutação constitucional, significando a alteração da constituição sem a atuação do poder constituinte derivado.

É por desconsiderar essa visão que aqueles que ostentam a posição contrária defendem que a incorporação dos tratados consagradores de direitos humanos necessitariam ser incorporados através de emenda constitucional, como, aliás, pode-se ler em votos vencedores nas decisões da Suprema Corte aqui antes reportadas sobre a matéria.

Essa tendência nefasta de reduzir o direito a norma explícita, de fato, obriga da parte dos operadores que a adotam, comportamento da espécie. Assim, quando se deparam com uma hipótese em que a norma não se encaixa tal qual a mão à luva, ou ainda quando a luva aperta, pior ainda, quando não há luva – quer-se dizer, quando não há moldura normativa – sentem uma dificuldade tamanha de trabalhar cientificamente o direito, de decidir, e outra não é a opção senão conduzir a questão para o caminho da legalidade formal, fugindo de uma concepção extradogmática do Direito, e daí a necessidade de se defender proposições *de lege ferenda*, ainda

que *de lege ferenda constitucionalis*, como se fez no STF ao sustentar a viabilização de incorporação dos tratados em estudo, desde que através de emenda constitucional.²⁸

Para arrematar, observe-se que a opção da Suprema Corte pelo veio da formalidade dogmática em defesa da soberania, em descompasso, também, com a tendência globalizante que torna cada vez mais o homem sujeito de direito internacional, redundando por desprestigiar ainda mais a soberania popular que, nos termos do art. 4º, II, da Constituição, impele a atuação do Estado brasileiro voltada para a prevalência dos direitos humanos.

²⁸ Vide nota 24.

6. A PARADIPLOMACIA - IRROMPIMENTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS POR GOVERNOS LOCAIS (NÃO-CENTRAIS).

Tradicionalmente as relações internacionais sempre se comportaram no âmbito da competência dos governos centrais dos Estados federados e são desenvolvidas sob os auspícios da atividade diplomática. Todavia, a partir das últimas duas décadas do século passado, os governos não centrais passaram a exercer uma série de contatos com outros governos igualmente locais ou até mesmo com governos soberanos de outros Estados. A esse fenômeno, tem-se chamado de paradiplomacia, diplomacia não central, relações internacionais de entes sub-estatais ou diplomacia paralela, entre outras denominações, como faz ver Zubiri (2003, p. 1), para quem esta atividade de atores não centrais no plano internacional tem com causa *um complejo conjunto de motivaciones de índole político, económico-comercial y cultural*.

Segundo Lessa (2002, p. 8), a expressão paradiplomacia “foi trazida ao centro do debate acadêmico pelo basco Panayotis Soldatos para designar a atividade diplomática desenvolvida entre entidades políticas não-centrais situadas em diferentes Estados”. Efetivamente, foi sob o influxo dos ideais e práticas das regiões Basca, na Espanha, e da Baviera, na Alemanha, que a atividade adquiriu contornos que se expandiriam pelos quadrantes do planeta; seja no eixo norte-norte, entre regiões de países desenvolvidos (a experiência internacional dos Estados federados dos EUA e das províncias canadenses, sobretudo Ontário e Quebec ou mesmo os acordos entre as regiões de Estados da Europa); seja no eixo sul-sul, no âmbito dos países periféricos (como, v.g, os acordos de cooperação entre os Estados federados do sul do Brasil e as províncias fronteiriças da Argentina); e ainda na vertente norte-sul, divisando-

se, aqui, à guisa de exemplo, a existência de ajustes entre regiões de Estados europeus e Estados e Municípios brasileiros.

Não obstante, a idéia imanente ao étimo paradiplomacia vem do final da década de cinquenta e início dos anos sessenta, muito antes mesmo do irrompimento do fenômeno no final do século passado. Com efeito, segundo dados do *Instituto de Ciencias Políticas y Sociales para el Desarrollo Bonaerense – INDEB*²⁹, uma das regiões mais exitosas no que pertine à cooperação binacional é a do Distrito de Steinfurt (região fronteiriça entre a Alemanha e a Holanda), onde se registram tratados de cooperação inter-regional há mais de quarenta anos. Esses acordos fundavam-se na integração de regiões naturais que se encontram separadas pelas fronteiras nacionais e se referiam ao mercado do carvão e do aço, matérias primas comuns.

Mas a paradiplomacia não poderia se limitar apenas à integração de regiões fronteiriças em decorrência de identidade de problemas e perspectivas. O vínculo unindo governos locais desabrochou, igualmente, para um viés maior em decorrência dos problemas globais que afetam a humanidade. Daí porque Duchacek³⁰ foi o primeiro a estabelecer “*una diferencia entre la paradiplomacia transfronteiriza, la transregional (unidades sin frontera común) y la global que trata de ´temas globales` tales como medio ambiente, apartheid o cooperación al desarrollo*”.

Compreendido em linha geral o fenômeno, impende perquirir sobre o que leva regiões, *länder*, estados-membros, províncias ou mesmo municípios a irromperem atividades

²⁹ “Instituto de Ciencias Políticas y Sociales para el Desarrollo Bonaerense – INDEB”, in <http://www.indeb.com.ar/investigacion01b.htm>, 14.7.03, p. 4.

³⁰ Apud KRÄMER, Raimund. Las relaciones transfederadas de los länder de Alemania Oriental. El caso de Brandeburgo. In <http://www.cidob.es/Castellano/Publicaciones/Afers/kramer.html>, 11.7.03, p. 3.

internacionais ao lado da atividade diplomática a cargo dos entes centrais, às vezes até mesmo de forma contrária a esta e, como se tem verificado, em certos casos ao arrepio da moldura normativa estabelecida na Constituição. Ao declarado escopo, impende que se proceda a um rápido esboço sobre a formulação teórica do Estado federal.

6.1. Caracterização geral da federação. O princípio federativo. O princípio unitário. O princípio da subsidiariedade.

Com efeito, é sabido que a forma de estado federal pressupõe, no mínimo, a coexistência de duas ordens jurídico-políticas. É dizer, numa federação, o poder se mostra, sobre o prisma organizacional, descentralizado. Essa descentralização política dá origem a órbitas de poder que se dizem autônomas porque podem se auto-constituir, em decorrência se auto-organizar, têm governo próprio (auto-governo) e, por fim, se auto-administram.

Verifica-se, portanto, que no Estado federal existem ao menos dois núcleos de decisão política: o governo central e governo local, ambos autônomos, com competências estabelecidas em um vínculo de natureza constitutiva que cria pacto político – a constituição. Nessa conformidade vaza-se teoricamente o princípio do federalismo. Todavia, é preciso perceber que numa federação o governo central não é soberano. É tão autônomo quanto o governo local. Quem é soberano é o próprio Estado federal, a união resultante do pacto político.

Nesse sentido, vale conferir a Constituição brasileira quando proclama no art. 18 que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. Não obstante, açodadamente tem-se falado no discurso político e até mesmo jurídico que a União (a pessoa jurídica de direito publico interno) é soberana. Tributa-se este

equivoco ao fato de que nas federações está resguardada à União (entenda-se: ao governo central) a competência internacional, como o fez a Carta brasileira no art. 21, I a IV. Esse aspecto, como adiante se verificará, tem importância acentuada para se perceber a *institucionalização* da paradiplomacia.

Mas, como se afirmou, o vínculo que une as comunidades locais em uma federação é de natureza jurídico-política. Encontra-se alçado em um pacto político vazado em uma constituição, daí porque se diz que o vínculo é de natureza constitutiva. Incide, desde aí, o princípio unitário em nome do qual o vínculo que une os estados-membros de uma federação é de natureza indissolúvel, significando dizer que a comunidade local, dotada de autonomia, não pode se separar da união. Em outras palavras, ao contrário do que ocorre em uma confederação - onde o vínculo que une os Estados é de natureza contratual, tendo como fundamento a norma de direito internacional que valida os tratados (o princípio *pacta sunt servanda*) e não uma constituição, permanecendo os Estados-partes com a faculdade de se desligarem da confederação, valendo-se, para tanto, do instituto da denúncia – no vínculo de natureza constitutiva isso não pode ocorrer sob pena de se romper com o pacto político e é exatamente por isso que nas federações, em defesa do princípio unitário, admite-se a intervenção da união nos estados-membros. A concepção do princípio unitário, com esse importante instrumento em sua defesa, é também relevante para compreensão da *institucionalização* da paradiplomacia, como adiante se verá.

Enfim, a formulação teórica da federação não se complementa se não se falar do princípio da subsidiariedade porque constitui exigência da moderna concepção democrática.

Anote-se, primeiramente, que o implemento do princípio da subsidiariedade não ocorre com exclusividade no âmbito de federações, mas também em estados unitários, não obstante imprima o estado federal espaço mais propício ao seu desenvolvimento.

Já se assentou, neste estudo, a dificuldade do Estado para, diante da escassez de recursos e do aspecto multifacetário das relações de produção e consumo, alcançar nível desejável de bem-estar social, o que tem vicejado o fortalecimento de uma estrutura de poder centralizada, burocratizada e hierarquizada, como se viu, segundo Bobbio (2002, p. 47) “diametralmente oposto ao sistema de poder democrático”. Para fazer face a essa tendência, afirma o renomado jurista que

“...o processo de democratização, ou seja, o processo de *expansão do poder ascendente*, está se estendendo da esfera das relações política, das relações nas quais o indivíduo é considerado em seu papel de cidadão, para a esfera das relações sociais, onde o indivíduo é considerado na variedade de seus status e de seus papéis específicos, por exemplo de pai e de filho, de cônjuge, de empresário e de trabalhador, de professor e de estudante e até mesmo de pai de estudante, de médico e de doente, de oficial e de soldado, de administrador e de administrado, de produtor e de consumidor, de gestor de serviços públicos e de usuário, etc.” (BOBBIO, 2002, p. 67) (*os destaques não são do original*)

É sob o influxo desse novo eixo que começa a formulação teórica do princípio da subsidiariedade. A idéia parte, portanto, do fato de que o Estado não tem conseguido, per si, atingir as finalidades, os objetivos pré-estabelecidos, ensejando, em decorrência, a atuação popular organizada e voltada para auxiliar, subsidiar a atuação do Estado, senão mesmo substituí-lo em determinados campos de atuação. Abre-se, aqui, espaço para atuação de organizações não governamentais (ONGs), associações comunitárias, de empresas, igrejas, sem falar no próprio incentivo impingido pelos governos locais no auxílio para a definição de metas, tarefas,

dispêndios e prioridades, por meio de orçamentos participativos ou outros mecanismos de consulta.

Obviamente, o florescimento do princípio da subsidiariedade pressupõe um espaço público alçado no pluralismo político, onde o Estado passa a densificar, coordenar e viabilizar os interesses dos variados segmentos. Isso significa que o Estado transforma-se em propulsor de uma liberdade-participação contrafática da antiga liberdade-autonomia do liberalismo, o que adquire conotação sob o influxo da versão democrática. Essa perspectiva foi muito bem divisada por Baracho (1995, pp. 103) quando afirma:

“...A elaboração teórica do Estado, aliada ao seu desenvolvimento na prática política, é resultante de etapas de seu desenvolvimento. As suas instituições básicas, sob o ponto de vista teórico e concreto, decorrem de anos de evolução política, tornando possível sua institucionalização.

Essas circunstâncias demonstram a necessidade de uma revisão da própria estrutura do Estado. Estaria ela ultrapassada, tendo em vista a complexidade dos problemas econômicos, sociais, políticos e jurídicos. Não será ele, nos nossos dias, mecanismo de que não mais atende às grandes pressões sociais?

As mutações estruturais e qualitativas da Sociedade contemporânea, conduz a questionamentos sobre o conceito de “pluralismo”. O pluralismo não é apenas uma maneira nova de afirmar a liberdade de opinião ou de crença. É um sistema que vincula a liberdade na estrutura social, não objetiva desvincular o indivíduo da sociedade. O pluralismo conduz ao reconhecimento da necessidade de um processo de equilíbrio, entre as múltiplas tensões na ordem social. O Estado pode chamar a si a tarefa de promover a decisão, assumindo, inclusive, a legitimidade do conflito. O poder do Estado não deve estar assentado em base unitária e homogênea, mas no equilíbrio plural das forças que compõem a sociedade, muitas vezes, elas próprias rivais e cúmplices.

Nessa perspectiva, o respeito à diversidade, a tolerância, propiciam a convivência necessária para o desenvolvimento de novas práticas de condensação da vontade coletiva exigindo um redirecionamento da dinâmica estatal que se vê alinhada sob novos conceitos de estrutura e função, como faz ver o publicista mineiro:

“As democracias de *poder aberto* não podem aceitar o entendimento shmitiano de que os interesses da sociedade colidem ou são incompatíveis com os interesses superiores do Estado. A auto-organização da sociedade não exclui o princípio da unidade política, desde que a unidade que se procura, por meio do consenso, é a que se efetiva na pluralidade. A unidade na diversidade, não suprime a estrutura social muitas vezes antagônica. Os conceitos de consenso e pluralismo são categorias gerais, necessárias ao discurso político e normativo. A legitimidade do conflito decorre da integração dos corpos intermediários, através do consenso e da tolerância, propiciando o máximo de convivência comunitária.

A multifuncionalidade do Estado contemporâneo conduz ao realce que vem sendo dado à relação entre *Estado e Comunidade*, principalmente nas sociedades onde ocorre sólida base comunal, propiciando maior interação entre o poder central e os poderes periféricos (*federalismo, regionalismo, municipalismo*).

As *alternativas da minoria à maioria*, com os objetivos de renovação, o equilíbrio recíproco entre os diversos segmentos da sociedade, a alternância democrática, as novas e múltiplas variáveis introduzidas na *Teoria da Constituição*, apontam a qualidade constitucional que reside no sistema formal de distribuição orgânica das funções, mas também na interpretação de leitura coordenada dos conceitos de função, estrutura e processo, por meio de conclusões, sugestões e práticas renovadas.” (BARACHO, 1995, pp. 103-104)

A paradiplomacia, ver-se-á mais adiante, deve ser encarada como uma dessas práticas renovadas que permitem, efetivamente, uma releitura da estrutura do Estado voltada para suprir a ausência de maior interação entre o poder central e o poder local, à base de um equilíbrio homogêneo ensejado pela subsidiariedade verificada na atuação dos entes federados periféricos ao atuarem no âmbito da competência material comum.

Nessa linha, a expansão do poder ascendente, sem dúvida, processa-se em maior extensão numa federação, onde deixando o poder político mais próximo da realidade local, enseja tomada de decisão com maior rapidez, além de erigida, sem dúvida, num maior conhecimento da situação. Afinal, um municipalista já disse com bastante precisão: nós não vivemos na União! Vivemos em municípios!

Feitosa (2001, p. 129), construindo uma concepção de constituição financeira ressalta que

“(…) é imprescindível definir com precisão o papel desempenhado pelas autonomias, fixadas no texto constitucional, que em distintos graus, desfrutam as diversas entidades que integram a Federação. Sobre este aspecto, estamos de acordo com o professor Vogel³¹ quando diz que ‘la autonomía de tales partes del Estado no puede depender exclusivamente de un pronunciamiento constitucional o legislativo sino que esencialmente estriba en la disponibilidad de fuentes propias de financiación, esto se pone de manifiesto con claridad absoluta en el desarrollo constitucional alemán que (...) ha tenido que ir modificando el sistema de distribución de fuerzas entre los Estados miembros y el Estado central (...)’”

Com efeito, o implemento do princípio da subsidiariedade tornou-se pedra angular para a institucionalização da paradiplomacia e nas federações modernas tem invertido a tendência antidemocrática da ordenação do poder do vértice para a base, permitindo se divisar um novo paradigma na concepção do Estado federal quando, a par do contorno constitucional tradicionalmente delineado na esfera da competência internacional, propugna pela possibilidade de governos não-centrais irromperem relações internacionais ao escopo de implementar suas políticas públicas suprimindo a escassez de disponibilidade financeira, o que, observe-se, não se perfaz apenas mediante financiamentos externos, mas igualmente por meio de acordos de cooperação científica e cultural, de troca de experiências, de aperfeiçoamento de recursos humanos, entre outros.

6.2 A institucionalização da paradiplomacia nas constituições da Alemanha, Áustria, Bélgica, Suíça e Argentina

É sob o manto deste referencial teórico que a paradiplomacia será examinada. Inicialmente, a análise se voltará para o irrompimento do fenômeno nos Estados onde se divisa

³¹ VOGEL, Klaus. La Hacienda Pública y el Derecho Constitucional. In: Hacienda Pública Española. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979, n. 59, pp. 18 – 19, apud Feitosa (2001, p. 129).

moldura jurídica para o seu florescimento. Após, constatando-se que igualmente o fenômeno eclode em Estados onde não há previsão normativa expressa, a análise voltará para se verificar a existência de conformação jurídica para o procedimento que se avulta, nessa conformidade, extradogmático.

6.2.1 A paradiplomacia institucional alemã

A Constituição da Alemanha, após proclamar que “as relações com os Estados estrangeiros estão a cargo da Federação” (art. 32, 1), estabelece que “antes da conclusão de um tratado que afete particularmente um Estado, este deve ser ouvido com a devida antecedência” (art. 32, 2). Vê-se, desde logo, que o comando emergente desta disposição constitucional consagra, na federação alemã, o princípio da subsidiariedade ao fazer com que o interesse regional seja ouvido antes do governo central concluir tratado que afete o interesse local. A expansão do poder ascendente é a tônica do dispositivo inteiramente alinhado à moderna concepção democrática de modo a fazer com que as decisões sejam tomadas da base para o ápice. Este legítimo procedimento, que minimiza no Estado alemão o influxo do tecnicismo burocrático centralizador, apresenta-se como um vício de muitas federações.

A presunção de que o governo central se encontra mais preparado para concluir tratados é falsa. Ninguém melhor do que quem está vivenciando no dia-a-dia os problemas para alvitrar soluções mais adequadas, daí o acerto do dispositivo constitucional alemão ao estabelecer essa forma de consulta prévia ao Estado-membro.

Mas o § 3º do mesmo art. 32 da Constituição alemã prescreve que “No âmbito de sua competência legislativa, os Estados federados podem, com o consentimento do Governo

Federal, concluir acordos com Estados estrangeiros.” Este preceito completa, de forma decisiva, a conformação normativa que institucionaliza a paradiplomacia na Alemanha.

Esse matiz, que propugna por imprimir relevância ao direito local, possui causa genésica na própria formação do direito alemão, como se constata na lição abalizada de Mathias (1995, p. 579) para quem

“(...) pode-se dizer que os povos germanos, por desconhecerem a organização política unitária, não chegaram a ter um direito uno e geral, e sim, de acordo com as necessidades das populações a que destinavam, algo bastante fragmentado.”

É, de fato, sob o manto deste quadro normativo que os *länder* alemães têm desenvolvido intensa atividade paradiplomática.

Dirscherl (2003, p. 1), enfrentando a paradiplomacia na Baviera, revela que foi esse *länder*

“o primeiro que sinalizou a necessidade de incorporar o princípio da subsidiariedade na base da construção da Europa comunitária. Por iniciativa bávara adotou-se esse princípio na chamada Declaração de Munique da Conferência Ministerial de outubro de 1987. E são conhecidas as listas de esferas nas quais a Baviera propõe que se limite, por meio desse princípio, a competência das instituições centrais da Comunidade”.

Foi também sob o pálio das posições defendidas pela Baviera, que na Conferência sobre “A Europa das Regiões”, em 1989, que se abriu o caminho para que viria, mais tarde, a ser o Comitê das Regiões no Tratado de Maastricht.

Sem dúvida, a Baviera é o Estado federado da Alemanha que mais desenvolve relações internacionais com governos regionais ou centrais de outros Estados. As relações

paradiplomáticas da Baviera chegaram a ponto de estabelecer representação oficial dos interesses bávaros em Bruxelas, no que seria seguida por outros *länder*. A posição de destaque da Baviera, todavia, deve-se decisivamente a sua importância no contexto da federação alemã. De fato, a região conquistou a posição de importante pólo de produção tecnológica, turístico e cultural. Munique, sua capital, ostenta o posto de terceira cidade da federação atrás apenas de Berlim e Hamburgo.

Outras unidades federadas da Alemanha também desenvolvem intensas relações paradiplomáticas fronteiriças, onde se destaca a região de Steinfurt, nos limites com a Holanda, mas o fenômeno viceja também nos *länder* do leste, estes deslancham relações com outras regiões ou governos centrais de outros Estados soberanos, sob os auspícios de uma política voltada cada vez mais para sua completa inclusão no processo de desenvolvimento europeu.

De fato, os *länder* do leste reconhecidamente situados numa região mais pobre que os estados federados da antiga Alemanha ocidental, voltam-se para o fenômeno introduzindo uma nova agenda distinta em muitos pontos daquela que revela a paradiplomacia dos antigos estados ocidentais, como a Baviera. Essa agenda, além das questões de fronteira, meio ambiente, revela alta preocupação com o nível de desemprego e almeja uma cooperação econômica com investimentos e parcerias financeiras. Por esse caminho tem-se destacado o *länder* de Brandeburgo, que tem empreendido esforços em relações paradiplomáticas transfronteiriças com regiões da Polônia e de outros Estados do leste europeu, o que tem originado grandes desafios,

considerando que estes Estados ainda não integram a União Européia, como com acuidade divisa Krämer (2003, pp. 11-12)³².

6.2.2 *A paradiplomacia institucional austríaca*

As prescrições vazadas no art. 16 da Constituição da Áustria revelam o arcabouço normativo sob o manto do qual a paradiplomacia se desenvolve naquele Estado. Primeiramente, a Carta austríaca limitou a atuação paradiplomática dos Estados federados à chamada paradiplomacia transfronteiriça, quando autoriza os Estados a celebrar tratados com governos centrais ou locais dos Estados fronteiriços:

“1. Nas matérias compreendidas no seu âmbito de atividade autónoma, os Estados podem celebrar tratados internacionais com Estados limítrofes da Áustria ou com partes dos referidos Estados.”

É, na verdade, nesse âmbito, em face da convergência de interesses, que acordos de cooperação são celebrados com a Baviera, pelos Estados lindeiros. Em razão desses convênios, por exemplo, na Universidade de Passau, está comprovado que a maior parte dos estudantes estrangeiros são austríacos³³, o que não se justifica exclusivamente por estar situada aquela cidade bávara na zona de fronteira com a Áustria, senão mais em decorrência da comunhão de interesses que ensejam os acordos de cooperação.

A Constituição austríaca ainda se valeu de um complicado jogo à guisa de bem estabelecer o equilíbrio federativo no tocante à matéria. De fato, vê-se um tratamento minudente que redundava por gizar a atividade paradiplomática dos Estados, quando estabelece que sua deflagração com a negociação dos tratados deve preceder de comunicação ao governo central e a

³² O registro de Krämer foi feito quando a Polônia ainda não integrava a União Européia.

conclusão dos acordos deve estar autorizada, considerando tácita a autorização, se o governo central não a indeferiu em oito semanas. Confira-se:

“2. O Governador do Estado deve informar o Governo Federal, antes do começo das negociações, sobre os referidos tratados internacionais e obter, antes destes serem concluídos, a sua autorização. Considera-se que esta autorização foi concedida quando o Governo Federal não tiver comunicado ao Governador de Estado, dentro das oito semanas seguintes ao dia da entrada na Chancelaria Federal do pedido de autorização, que esta não foi concedida. Cabe ao Presidente da República, sob proposta do Governo Federal e com a assinatura do Governador do Estado, a atribuição dos poderes para o início da negociação e para a conclusão do tratado internacional.”

Esse sistema, totalmente voltado para o estabelecimento de equilíbrio, como já se disse, prescreve, ainda, que os Estados devem denunciar os tratados a pedido do governo federal e não o fazendo, poderá o governo central fazê-lo:

“3. A pedido do Governo Federal, deve o respectivo Estado denunciar qualquer tratado internacional que se inclua nos tratados definidos no ponto 1. Se o Estado não der cumprimento a esta obrigação a tempo, é transferida para o Estado Federal a competência deste domínio.”

Enfim, merece destaque a circunstância de que se os Estados não derem execução ao tratado, deverá o governo central implementar as medidas necessárias, ainda que, para tanto, tenha que editar leis cuja matéria se situa na esfera de competência dos Estados:

“4. Os Estados adotam as medidas que, dentro do seu âmbito de atuação autônoma, forem necessárias para a execução dos tratados internacionais; no caso de um Estado não cumprir esta obrigação dentro de um prazo adequado, transfere-se para a Federação a competência para aprovar as referidas medidas, em particular a edição de leis necessárias. Qualquer medida aprovada pela Federação ao abrigo do presente preceito, especialmente uma lei ou regulamento emanado com este propósito, deixa, no entanto, de ter vigência sempre que o Estado em questão tenha tomado as medidas necessárias.”

³³ DIRSCHERL, Klaus, op. cit., p. 3.

6.2.3 A *paradiplomacia institucional belga*

A Constituição belga dispõe no Título IV sobre as relações internacionais. Ao institucionalizar a *paradiplomacia* o art. 167 prescreve:

“§ 1. O Rei dirige as relações internacionais, sem prejuízo da competência das Comunidades e das Regiões para a cooperação internacional, incluindo a conclusão de tratados, para os assuntos que sejam da sua competência, de acordo com a Constituição ou em virtude desta.

(...)

§ 3. Os Governos de Comunidades e de Região previstos no artigo 121 concluem, cada um no que lhe diz respeito, os tratados referentes às matérias que são da competência do seu Conselho.

§ 4. Lei, aprovada pela maioria prevista no artigo 4, última alínea, decide sobre as modalidades de conclusão de tratados previstos no terceiro parágrafo, e sobre os tratados que não dizem respeito, exclusivamente, a matérias da competência das Comunidades e Regiões, segundo a Constituição ou em virtude da mesma.

(...)”

Vê-se, portanto, que além do governo central, os demais entes federados podem celebrar tratados cujo objeto se situem no âmbito das matérias de sua competência. Esta institucionalização da *paradiplomacia* encontra-se vinculada ao caráter multinacional do Estado belga. Efetivamente, existem na Bélgica três grandes comunidades: a comunidade francesa, a comunidade flamenga e a comunidade germânica. O sincretismo destas três comunidades é o elemento caracterizador do Estado belga e, por isso, no estabelecimento do pacto federativo não poderia ser questão olvidada. E assim o foi até mesmo em defesa do princípio unitário em nome da existência e manutenção da própria federação.

Confira-se, a propósito, que a conclusão dos tratados firmados pelas Comunidades e Regiões teve seu tratamento normativo diferido para disposição

infraconstitucional (§ 4). Divisa-se, na verdade, autêntica lei nacional aprovada pela maioria qualificada de dois terços dos votos em cada região. Segundo Lessa (2002, p. 34), trata-se da Lei Especial de 8 de agosto de 1980, vindo a estabelecer que “Em caso de desacordo entre as autoridades regionais e comunitárias e o Governo Central, a autoridade interessada pode solicitar à Conferência Interministerial de Política Externa que emita uma decisão, por consenso, no prazo de trinta dias. Com vistas a garantir a coerência da política externa belga, determina o Artigo 81 da mesma lei Especial de 1980 que as Regiões e Comunidades submetam seus projetos de tratado a prévia aprovação do Governo Federal”.

Sob tal quadro normativo, irrompem-se as relações paradiplomáticas desenvolvidas pelas comunidades e regiões Belgas.

6.2.4 A paradiplomacia institucional suíça

Impende, primeiramente, assentar que a Confederação Suíça, em razão do regime de repartição de competência plantado na Constituição, revela-se muito mais, na verdade, como uma federação, pois, não obstante asseverar que os cantões são soberanos, limita a soberania aos termos da constituição (art. 3º) e afirma que “o Direito Federal prima sobre o Direito Cantonal que lhe seja contrário (art. 49, I).

Feita esta constatação, impende trazer à tona os dispositivos constitucionais que institucionalizam a paradiplomacia. Começando, o art. 55, § 1º, expressa que “Os cantões participam na preparação das decisões relativas à política externa que se referem a sua competência ou tangem seus interesses essenciais.”

Como se vê, à semelhança da Constituição alemã, a congênere suíça tornou normativo o princípio informativo da federação: a subsidiariedade. Afasta-se a tendência centralizadora e burocratizante para abrir um espaço sadio e totalmente democrático para expressão da vontade local na formação do processo decisório, que conduzirá a política externa naquilo que for de interesse dos cantões.

Observe-se também que o princípio da subsidiariedade adquire tonalidade mais acentuada quando o exame se depara com o mandamento insculpido no § 3º do mesmo artigo. Com efeito, confira-se: “a tomada de posição dos cantões tem um peso especial se forem afetados nas suas competências. Nestes casos os cantões participam das negociações internacionais de forma apropriada.” Significa dizer, desde aí, ainda que a atuação do governo central esteja voltada para o campo geral, se a matéria objeto de um tratado afetar a competência dos cantões – o que muito ocorre em federações quando se trata de competência material comum, cumulativa ou paralela dos entes federados –, a Constituição suíça exige a participação dos cantões no processo de negociação de acordos internacionais.

Enfim, a Carta Suíça estabelece que no âmbito de sua competência os cantões podem concluir tratados, que não devem contrariar o interesse de outros cantões ou da Confederação, devendo esta ser informada antes da conclusão. Estabelece mais que os cantões podem tratar diretamente com autoridades estrangeiras de hierarquia inferior, mas com entidades estrangeiras superiores, a atuação deve ser intermediada pela Confederação. Confira-se:

“Art. 56. Relações dos cantões com o estrangeiro

1 Dentro dos seus limites de competência, os cantões podem concluir acordos com o estrangeiro.

2 Estes contratos não devem contrariar o direito nem os interesses da Confederação e nem os direitos de outros cantões. Antes da conclusão de um contrato, os cantões devem informar a Confederação.

3 Os cantões podem tratar diretamente com autoridades estrangeiras de hierarquia inferior; nos demais casos, os contatos dos cantões com o estrangeiro efetuam-se por intermédio da Confederação.”

É, sob tal contextura, que se desenvolve a atividade paradiplomática suíça, sobretudo no âmbito da paradiplomacia transfronteiriça.

6.2.5 A paradiplomacia institucional argentina

A Constituição da Argentina institucionaliza a paradiplomacia na linha das constituições europeias antes examinadas quando admite que as províncias exerçam atividades paradiplomáticas, condicionando, todavia, a celebração de convênios e tratados ao conhecimento do parlamento e restringindo o âmbito às matérias de sua competência, de modo a não se imiscuir na competência do governo federal. Com efeito, assim se encontra vazado o art. 124:

“Artículo 124. Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico-social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal e el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional. La ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto.

A Constituição, como se vê, exige também que os tratados não imprimam gravame ao crédito público da nação e não se mostrem incompatíveis com a política exterior da nação, vale dizer, aquela conduzida pelo governo central.

Por outro lado, a normatividade imprimida pela Carta Argentina abriu a atividade paradiplomática exatamente para o âmbito da competência material comum dos entes federativos, tal qual se percebe pelo elenco de tais matérias vazado no art. 125, assim vazado:

“Artículo 125. Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal; y promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industria, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con recursos propios.

Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura. ”

Como se vê, a atuação deferida aos governos locais volta-se para a paradiplomacia geral e transfronteiriça, não se encontrando, obviamente, vedada a paradiplomacia inter-regional ao preconizado escopo de alcançar as finalidades ali traçadas.

A pesquisa de Lessa (2002, p. 75) revela 8 (oito) frequências de atividades paradiplomáticas entre províncias da Argentina com unidades federadas brasileiras, sendo 6 (seis) com estados e 2 (duas) com municípios.

6.3 A paradiplomacia não institucionalizada

A expansão da paradiplomacia, no entanto, não tem ocorrido apenas nos Estados em que a mesma encontra-se institucionalizada mercê de normas jurídicas expressas que autorizem entes federativos, que não o governo central, a se embrenhar no campo das relações internacionais.

De fato, ao contrário da postura vazada nas constituições antes analisadas, muitas delas, na vertente do federalismo clássico de inspiração centralizadora, colocam nas mãos exclusivas do governo central o feixe de matérias que compõem a competência internacional. Todavia, mesmo nestes Estados, o fenômeno da paradiplomacia eclodiu. Sob o pálio dessa situação encontram-se, entre outros, os EUA, o Canadá, a Espanha, a Itália e o Brasil.

Nos EUA, registra Lessa (2002, p. 44) que

“nos anos 70 o comércio exterior quase dobra sua participação no PIB americano; e nos anos 80, os EUA se convertem nos maiores receptores de investimentos estrangeiros, revertendo-se a tendência histórica como maior investidor em países estrangeiros. Em consequência desse surto econômico-comercial, os governadores dos Estados desenvolveram um interesse direto nas relações econômicas internacionais”

Sob tal contexto, é cada vez mais crescente o número de escritórios de representação abertos pelos estados norte-americanos no exterior³⁴. Além disso, no campo da paradiplomacia transfronteiriça, os estados federados dos EUA e as províncias canadenses têm desenvolvido um íntima relação em defesa de seus interesses comuns.

Com efeito, na esteira dos estados norte-americanos, no Canadá também é crescente o número de escritórios de representação no exterior, abertos pela província de Ontário sendo que no âmbito da cooperação transfronteiriça, Lessa (2002, pp. 49-52) aponta a existência de vários acordos entre eles os conhecidos Memoranda de Entendimento sobre a chuva ácida, problema que exigiu a atuação comum das unidades federadas fronteiriças que tomaram a dianteira para resolvê-lo.

³⁴ Referindo-se à expansão da cadeia de representação dos estados norte-americanos no exterior, Lessa, na obra aqui já referida (pp. 44-45), expõe a estatística apurada por Fly e Kincaid, que apontam para algo entre 160 e 180 escritórios ao final dos anos 90, sendo que mais de 1.100 municípios algo em torno de 1.755 cidades-irmãs em 123 nações.

Já na Espanha e na Itália, a paradiplomacia, mesmo sem autorização normativa, expande-se também sob o influxo dos interesses comuns das regiões fronteiriças. Mas, é bem de ver, não se restringem os acordos ao âmbito da paradiplomacia transfronteiriça.

Com efeito, a região Basca, na Espanha, tem alçado vãos mais altos no campo das relações internacionais. De fato, como os *länder* da Alemanha, o governo basco tem projetado sua participação no Comitê das Regiões da União Européia e, fora deste âmbito, registram-se viagens e visitas pelas autoridades governamentais a outros governos não centrais; intercâmbios financeiros, culturais; atividades promocionais visando a promoção da região no âmbito cultural, comercial, financeiros, tecnológico, turístico, em eventos como feiras e congressos; contatos com corpos diplomáticos, além de acordos de cooperação firmados com o *länder* da Baviera, a província italiana de Emilia-Romagna, o cantão helvético de Jura e, ainda, com regiões da República Russa, como assinala Zubiri (2003, pp. 1-3).

Impende registrar, todavia, que sob o veio da atividade paradiplomática, a região Basca, assim como a província de Quebec, no Canadá, desenvolve o ímpeto separatista, o que, não raro, pode guindar a atividade paradiplomática para as raias da atividade protodiplomática, entendida como “a prática mediante a qual um governo não-central atual de forma a pavimentar o caminho para sua independência, preparando a opinião pública internacional e estabelecendo relações externas de amizade com países e regiões que possam apoiá-lo em seu projeto secessionista.”³⁵

³⁵ KEATING, Michael. Paradiplomacy and Regional Networking. Conferência promovida pelo Fórum of Dederations: na Internacional Federalism, Hanover, outubro de 2002, apud José Vicente da Silva Lessa, op. cit., p. 9.

Enfim, já se afirmou neste trabalho que o princípio da subsidiariedade conquanto tenha obtido enorme recepção no estado federal, igualmente tem aplicabilidade nos estados unitários porque, nestes, também se busca, com a expansão do poder ascendente, uma maior realização do ideal democrático. Por isso mesmo, a paradiplomacia não se encontra infensa aos estados que se organizam centralizadamente, vale dizer, com uma única órbita de poder, um único núcleo de decisão político-jurídica.

Nos Estados unitários, a ausência de auto-governo sufoca uma latente vontade decisória a nível local. Essa vontade se torna mais presente tanto quanto mais forte for a unidade de vínculos (cultural, econômico, financeiro, turístico) que sacudam a comunidade local. E aí, a não satisfação integral dos interesses mesclados nesses vínculos pelo poder centralizado dá ensejo a uma atuação local à margem desse poder, abrindo, assim, espaço para a atividade paradiplomática por províncias ou departamentos que sequer gozam de autonomia.

Trata-se, portanto, de paradiplomacia não institucionalizada, porque não poderia encontrar-se normativamente prevista. Nessa linha, Lessa (2002, p. 56) aponta a atividade desenvolvida pelas regiões fronteiriças da França com as congêneres da Suíça e pelas autoridades locais e provinciais do Japão, sob forte estímulo do governo japonês que para tanto criou o *Council of Local Authorities for International Relations* (CLAIR), com sede em Tóquio, agências regionais nas principais cidades japonesas e escritórios espalhados pelo mundo.

6.4 A paradiplomacia não institucionalizada no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil efetivamente não institucionaliza a paradiplomacia. A competência internacional é imputada à União. Com efeito,

estabelece o art. 21 que compete à União: “I – manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; II – declarar a guerra e celebrar a paz; III – assegurar a defesa nacional; IV – permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente (...)”. Completando o quadro normativo expresso, o art. 84, VIII, estabelece que compete ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Já o art. 49, I, prescreve que é da competência exclusiva do Congresso Nacional: “I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos gravosos ao patrimônio nacional”. E, enfim, o art. 52, V, dispõe que compete ao Senado Federal autorizar as operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

Sob tal contextura, não se tem dúvida, os entes federativos não-centrais não podem desenvolver relações internacionais no Estado brasileiro. A paradiplomacia, entre nós, avulta-se como atividade não institucionalizada pelo pacto político. Todavia existe como procedimento extradogmático, fora do âmbito da normatividade. E existe porque os entes federativos não-centrais do Estado brasileiro não poderiam ficar à margem do processo que se irrompe noutras federações, onde a paradiplomacia se desenvolve, seja ou não sob o manto de normatividade jurídica expressa.

Assim, impende que se examine o fenômeno no Estado brasileiro.

Em primeiro plano, cumpre verificar se efetivamente os entes federativos brasileiros têm, à despeito de a Constituição não expressamente permitir, desenvolvido relações internacionais com outros entes locais ou centrais de Estados estrangeiros. A esse respeito, uma

vez mais se recorre, aqui, ao pioneiro trabalho sobre o assunto, de autoria do Conselheiro José Vicente da Silva Lessa, apresentado no XLIV Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco do Ministério das Relações Exteriores. Ali, a laboriosa pesquisa do insigne diplomata revela a existência de 65 ocorrências, sendo 53 com Estados, 7 com Municípios e 5 com outros agentes. Os Estados a que se referem tais ocorrências são Alemanha, Argentina, Bélgica, Canadá, Chile, China, Costa Rica, Espanha, Estados Unidos, França, Israel, Itália, Japão, Noruega, Paraguai, Polônia, Suíça e Ucrânia. As áreas de tais acordos, aponta a pesquisa como sendo: geral, comércio, indústria (pequena e média empresa, *joint-ventures*, infra-estrutura, energia, construção naval, zonas francas), agroindústria (pesca e agricultura), turismo, serviços (transportes e portos), meio ambiente, administração pública (planejamento urbano, segurança pública e legislação), governo (processo legislativo, processo eleitoral, políticas sociais e finanças públicas), educação, esporte e cultura, saúde e saneamento, ciência e tecnologia (informática) e integração regional. Já os objetivos visados compreendem a cooperação técnica, científica e tecnológica, a promoção de intercâmbio, informações recíprocas, investimentos e capacitação (LESSA, 2002, pp. 75 e 78).

Para chegar a estes dados aquele autor se valeu de documentação fornecida pelas unidades federadas brasileiras e pelos arquivos oficiais do Itamaraty.

De plano, impende realçar que os números revelam-se muito além daqueles obtidos pelo laborioso diplomata. Efetivamente, tem que se reconhecer que não é fácil obter de Estados e Municípios dados sobre uma atividade que os mesmos desempenham convencidos de que o fazem à margem da Constituição. Isso, per si, já se avulta suficiente para os dados não virem totalmente à tona, ao menos de órgãos oficiais do governo central, à guisa de assegurar a efetividade dos ajustes.

Não obstante, a pesquisa já revela um razoável desenvolvimento de atividades transfederativas, cuja tendência é, não se tenha dúvida, proliferarem-se mais e mais. Isso se percebe, com efeito, ao se examinar as matérias objeto dos ajustes e seus objetivos. Confira-se que a maior parte dos acordos tratam de matérias situadas no rol da competência material comum, cumulativa ou paralela dos entes federativos, tal qual vazadas no art. 23 da Constituição.

De fato, como acima está exposto, as matérias dos acordos versam, entre outras, sobre pesca e agricultura, turismo, transportes, meio ambiente, planejamento urbano, educação, cultura, saúde, saneamento, ciência e políticas sociais, matérias que ensejam a atuação conjunta, cumulativa, comum ou, como se queira, paralela, mas convergente, de todos os entes federativos, como prescrito, respectivamente nos incisos VIII e XI; III; XII; VI e VII; IX e XIII; V; II; V e X do art. 23.

Significa dizer, desde aí, que, de regra, a atuação paradiplomática dos entes federados no Brasil se encontra voltada para a realização de sua competência material, tal qual prevista na Carta. Confira-se, a propósito, que sobre tais matérias, os Estados e o Distrito Federal possuem, ao lado da União, competência legislativa concorrente (art. 24 da Carta) e os Municípios podem delas tratar legislando em defesa do interesse local (art. 30, I).

Vê-se, desde aí, que na atuação paradiplomática, os entes federativos brasileiros têm geralmente se situado no âmbito do exercício de sua competência, na esteira do desenvolvimento do fenômeno pelos entes federados dos Estados Europeus ou da América do Norte, seja no âmbito da paradiplomacia institucionalizada, porque, como se viu, as constituições sempre estão a exigir que a celebração de tratados pelos governos locais se realize no âmbito de matéria afeta à sua competência; seja no âmbito da paradiplomacia não institucionalizada.

O que se vê, na verdade, é que de simples viagens e visitas oficiais dos governantes locais, ou mesmo a promoção da região em eventos no exterior, as relações internacionais desenvolvidas pelos governos não centrais se intensificaram, chegando à cooperação interterritorial. Tais acordos de cooperação, voltados para o âmbito da competência material, não visam a outro objetivo senão a realização das políticas sociais adotadas por aqueles governos em benefício da coletividade, numa legítima atuação garantida pelo princípio da subsidiariedade, revelando, a todo modo, a expansão do poder ascendente contraposto ao poder tecnocrata, burocrático e centralizador dos governos centrais.

No Brasil, inequivocamente, a expansão da paradiplomacia decorre, em grande parte, dos vícios que maculam a federação. À parte da tendência centralizadora, que tradicionalmente atrai para Brasília as tomadas de decisão de forma indiscriminada, a verdade é que padecem os entes federados sob o pálio de um regime tributário-fiscal inadequado, fortemente centralizador de receitas, o que limita a atuação de Estados e Municípios, que se vêem desprovidos de recursos suficientes para implementar suas políticas sociais. Isso tem gerado uma sensível “guerra fiscal”, lançando em conflito os entes federados, sequiosos de amealharem mais receitas, não lhes restando outro caminho senão partir para uma atuação internacional em busca de recursos de toda ordem, troca de experiências, novas tecnologias e aprimoramento humano, tudo no afã de maximizar a utilização dos poucos recursos de que dispõem.

Nesse quadro, com análise voltada para a situação dos *länder* do leste da Alemanha, Krämer (2003, p. 4) afirma:

“Sin ninguna duda, las subunidades de un Estado tales como las provincias o las unidades federadas pueden tener intereses muy distintos del llamado “interés nacional”. Y algunas veces las regiones de diferentes Estados-nación,

em una area determinada, tienen más en común que remotas regiones del mismo Estado-nación. Por consiguiente, las unidades sunacionales, diferentes en su configuración geográfica, demográfica, industrial, cultural e histórica, tienen que formular sus propios intereses y tratar de seguir su correspondiente política. Este es especialmente el caso de las llamadas “nuevas cuestiones” de la agenda de las Relaciones Internacionales, tales como inversiones, cuestiones de medio ambiente, recursos de agua, mano de obra y migración. Con la creciente interrelación entre los asuntos nacionales e internacionales, especialmente en la Unión Europea, el Estado-nación resulta cada vez menos capaz de suministrar la estructura y la capacidad para dar soluciones.”

Sob essa mesma perspectiva, Salgado aponta para a impotência do Estado-nação burocrático e centralizador na garantia do implemento das políticas sociais, e salienta a tendência de frear o desenvolvimento da atividade paradiplomática divisando que:

“El Estado teme su debilitamiento tanto interior como exterior. Su reacción, reforzada por la inercia histórica y burocrática, será frenar la progresión regional, invocando todo tipo de razonamientos (la legalidad tanto nacional com internacional, el interés general, la eficacia y eficiencia, etc.).” (SALGADO, 2002, p.11).

Entre nós, a reação à paradiplomacia, sobre esse mesmo eixo, encontra, por exemplo, amparo no pensamento mercê do qual

“um projeto de emenda Constitucional que propusesse a extensão aos estados do poder de celebrar tratados, conspiraria contra a forma federativa do Estado brasileiro, e não poderia sequer ser objeto de deliberação, conforme estabelece o Artigo 60, parágrafo 4º, inciso I, da Constituição.” (LESSA, 2002, p. 99).

Data venia, esta posição encerra um equívoco. Deveras, uma emenda constitucional com esse conteúdo, ao invés de ser tendente a enfraquecer a federação brasileira, voltar-se-ia, isso sim, a fortalecê-la, na medida em que fortaleceria a atuação dos governos não-centrais voltados para políticas sociais dirigidas à realização da competência material comum estabelecida na própria Carta. Além disso, avultar-se-ia em completa consonância com o princípio da subsidiariedade, que democratiza e fortalece a expansão do poder ascendente. É dizer, seja eideticamente, seja nos planos da existência ou da funcionabilidade, nem de longe a

cogitada emenda “estaria solapando as bases do federalismo e instituindo, ainda que subrepticamente, a confederação”, como entende a diplomata Tatiana Prazeres, segundo afirma Lessa (2002, p. 99).

Demais, não se constituiria óbice à cogitada emenda constitucional, o fato de que os entes governamentais não-centrais não gozam de personalidade jurídica de Direito Internacional. Sem embargo, agem no exercício de sua personalidade de direito interno, porque o mundo globalizado deve expungir esse dogma em defesa de posturas mais flexíveis e concetâneas com o primado da dignidade da pessoa humana, enfim, do homem como sujeito de Direito Internacional.

No mais, é preciso se ter em mente que se o tratado acarreta encargos gravosos ao patrimônio nacional, evidentemente ele extrapola os limites de ação dos Estados ou dos Municípios. Significa dizer: não se situa no âmbito da competência material destes entes federativos, pois se o assunto, objeto do tratado, envolve interesse a ponto de atingir o patrimônio nacional, resta evidente que o interesse local foi suplantado e a atuação paradiplomática, aí sim, seria ilegítima.

Sob este prisma, percebe-se que a onerosidade não pode ultrapassar a barreira da autonomia, ou seja, da competência local. Quer se dizer, com isso, que os entes federados não-centrais não podem se obrigar externamente em extensão maior do que aquela que internamente, em decorrência de sua autonomia, podem fazê-lo, sem que, para tanto, necessitem do aval do poder central. Assim, havendo onerosidade ao patrimônio local, a casa legislativa da autonomia deve intervir no processo para aprovação do tratado. Com isso, os parâmetros de simetria da federação estariam respeitados.

Ademais, convém perceber que, em se tratando de operações externas de natureza financeira, a Carta exige a autorização pelo Senado (art. 52, V), porque o endividamento, neste caso, exige a presença da União como garantidora. Daí, a necessidade de se analisar a capacidade de endividamento e de resgate. Essas operações são exatamente aquelas cuja extensão de seu conteúdo implicam uma onerosidade que extrapola aquela que Estados e Municípios podem assumir nas contratações internas.

Nesse ponto, tem razão Lessa (2002, p. 100) quando imprime elastério hermenêutico ao conceito de “patrimônio nacional” sob inferência dos arts. 23, III, IV, VI e VII; 24, VII e 216 da Constituição, para fazer ver que

“Por “patrimônio nacional” devemos entender, além dos recursos do Tesouro Nacional e dos ativos contábeis da União, o patrimônio físico nacional (território, rios, lagos e mares, a plataforma continental, florestas, fauna e flora, recursos naturais, o meio ambiente, sob a perspectiva de sua qualidade, e os ativos físicos: imóveis, instalações, estradas, frotas terrestres, naval, etc.); o patrimônio artístico e cultural (obras de arte, documentos, monumentos e outros bens de valor histórico, artístico ou cultural, bens e direitos de valor artístico, estético, turístico ou paisagísticos, sítios arqueológicos); o patrimônio intelectual e científico (obras científicas, patentes)...”

Contudo, a amplitude do conceito de “patrimônio nacional” não se presta para amesquinhar a competência dos entes federados não-centrais a ponto de impedir atuações paradiplomáticas nestas áreas. Ora, é exatamente no campo de atuação comum, onde a inércia dos governos centrais se divisa, que os governos locais partem, como se viu, para uma atuação internacional. O que se precisa ter atenção é para a linha demarcatória a partir da qual a operação se possa dizer onerosa ao patrimônio nacional, já que a atuação na esfera do que se considera patrimônio nacional não é defesa, porque nesse conceito estão incluídos a matéria e o interesse local.

Ao fito de colocar luzes nessa zona cinzenta, tome-se em consideração a seguinte situação: a União repassou a determinado Estado recursos financeiros da ordem de 20 milhões de reais para aplicação na área de ciência e tecnologia. Admita-se que este Estado resolveu incrementar sua atuação no campo específico da inseminação artificial animal, visando à melhoria da qualidade de seus rebanhos bovinos e, conseqüentemente, à expansão da exportação de carnes. Para tanto, deflagrou uma licitação internacional, onde um Estado soberano qualificou-se e sagrou-se vencedor para fornecimento das técnicas de inseminação. Essa contratação, conquanto se estabeleça entre um Estado estrangeiro e um ente federativo não-central brasileiro, não passará pelo crivo do Senado Federal. Todavia, é evidente o caráter oneroso em face da contraprestação financeira com recursos federais repassados pelo governo central. Mas porque motivo não se submeterá ao crivo do Senado nos termos do art. 52, V? A resposta, dir-se-á: as operações ali previstas implicam assunção de compromissos gravosos, diversa, portanto, da natureza da ocorrida. A idéia é realmente de onerosidade, de gravame.

Suponha-se, de outra parte, que um Estado ou um Município acorde com um Estado estrangeiro a obtenção de um empréstimo de ordem de 20 milhões de dólares, recursos voltados para aplicação na área de educação e cultura, destinados à construção de escolas. Inquestionavelmente o ente federado estará atuando na esfera de sua competência material fixada na Constituição, mas esta operação, ao contrário daquela anteriormente examinada, destila efeito a ponto de atingir o “patrimônio nacional”, na medida em que implica aumento da dívida pública externa e impõe, a todo modo, a atuação do Senado, ao escopo de analisar a capacidade de endividamento e de resgate da unidade federada.

Muito se tem discutido para saber se a competência seria realmente do Senado ou do Congresso, em face do comando emergente do art. 49, I, da Carta. Divisa-se a competência do Senado porque é órgão de representação dos Estados no governo central, causa justa do mandamento insculpido no art. 52, V, mas a incursão por este campo escapa dos limites deste trabalho.

Enfim, divisar, como ínsito ao princípio do federalismo, a possibilidade de governos não-centrais irromperem relações internacionais, a ponto de celebrarem tratados no âmbito de sua competência material e legislativa, não deve, como já assentei, constituir causa de receio de transformar a federação, porque fortalecida, em confederação. Os limites da atividade paradiplomática e protodiplomática tornam-se perceptíveis quando se considera o conteúdo das relações internacionais travadas pelos governos locais e divisa-se um desbordamento da competência material a eles deferida pelo pacto político. Isso, insiste-se, não deve constituir receio para travar a paradiplomacia. O governo central deve estar atento à deflagração de relações internacionais pelas unidades federadas locais, em matéria que desborda do seu interesse, porque, fora do âmbito de sua competência, atinge o interesse nacional, a ponto de configurar usurpação da competência dos órgãos centrais, arranhando o pacto federativo, na medida em que fere o princípio unitário, sendo que para golpes à unidade da federação, vazados em ações no campo da protodiplomacia, o remédio extremo seria a intervenção, que se justifica no Estado federal exatamente em defesa do princípio unitário.

Fora dessa hipótese, o campo de atuação paradiplomática é muito grande em razão da amplitude do elenco de competência material comum. Atento a tal aspecto, mas sob o influxo de um receio infundado que tem a atividade paradiplomática como ilegítima – ao menos a

nível do Itamaraty, o que se comprova facilmente pelas conclusões da obra de Lessa, aqui tantas vezes lembrada, e considerando a expansão do fenômeno em escala mundial, o governo central brasileiro abriu Escritórios de Representação Regional do Ministério das Relações Exteriores em Belo Horizonte, Curitiba, Florianópolis, Manaus, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo, à guisa de, colocando-se mais perto dos entes federados, auxiliá-los, viabilizando os caminhos, julgados corretos, ao menos sob a perspectiva do Ministério das Relações Exteriores, para a satisfação dos interesses locais no que pertine à política de relações externas.

De qualquer modo, o guarneimento jurídico da paradiplomacia no Brasil, não reclama a edição de normas expressas, nem constitucionais, nem mesmo legais. Compreendida a Constituição, em decorrência da *alopoiese* jurídica, como um sistema aberto de princípios e normas, poderá o intérprete, sem maiores dificuldades, nela guarnecer a atividade paradiplomática desenvolvida pelos Estados e Municípios. Para tanto, é preciso, de fato, afastar a idéia liberal-legal assente no dogmatismo clássico que restringe o Direito à norma. E norma expressa.

Efetivamente, compreendendo-se que, em respeito ao fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Carta) e com o intuito de alcançar os objetivos traçados no art. 3º, estão legitimadas as ações de todos os entes federados ao atuarem no estrito limite de suas competências, não se pode pechar de ilegítima a ação dos entes governamentais não centrais voltadas ao declarado escopo, ainda que, para tanto, incursionem no campo das relações internacionais, mantendo contato com idênticas autonomias ou mesmo com Estados soberanos ou organismos internacionais.

Essa atuação torna-se constitucional porque o princípio da subsidiariedade é princípio decorrente do federalismo. É dizer, onde houver federalismo, ou seja, no Estado em que a Constituição adota a forma federativa, necessariamente, justificam-se e se tornam constitucionais as ações dos entes federados voltados para satisfação daquele princípio, que propugnam, em resumo, por propiciar uma maior participação popular nas tomadas de decisão, ensejando as esferas de poder locais o espaço mais propício para tanto, sobretudo porque os governos locais melhor conhecem os problemas cotidianos de suas comunidades.

Aliás, é também por essa ordem de idéias que, não obstante ausência de previsão expressa na Constituição, admite-se a edição de Medida Provisória pelo chefe dos Executivos Estaduais e Municipais. Aplica-se o princípio da simetria das formas, decorrente do princípio do federalismo para legitimar tais normas quando voltadas para o âmbito da competência local.³⁶

Não se faz necessário, portanto, modificação no texto constitucional, muito menos legal, como defende Lessa (2002, p. 110), aproveitando a proposição de *lege ferenda* alvitada por Cachapuz (1995, p. 481) que propugna “a adoção de uma lei geral de aplicação das normas jurídicas, ou alguma outra forma de regulamentação específica da tramitação dos tratados internacionais, negociada entre os poderes Legislativo e Executivo”, para, nesse mesmo texto, normatizar a paradiplomacia.

Como procedimento extradogmático, a paradiplomacia encontra legitimidade na própria Constituição, desde que concebida como um sistema aberto de normas e princípios,

quando proclama como forma de Estado a federação, donde se avulta a subsidiariedade como princípio constitucional decorrente no Estado brasileiro, fornecendo conformação suficiente para validação desse fenômeno quando se processe nos limites da repartição de competência, tudo de acordo com os artigos 1º, 18 e 21 da Constituição, e sem estabelecer ônus ao “patrimônio nacional”, que não poderia ser assumido pelo ente federado, no exercício de sua competência, no âmbito das relações internas.

Se por outro lado, todavia, sob o veio dogmático da formação jurídica brasileira, prosperar a necessidade de quadro normativo expresso para imprimir legitimidade à paradiplomacia, talvez fosse de bom alvitre cogitar-se um trato semelhante ao adotado pela Constituição da Áustria (art. 16)³⁷, de forma a admitir-se a comunicação prévia do começo das negociações, que ensejaria autorização tácita para a conclusão do tratado, se o Senado não se manifestasse no prazo de 60 dias, o que poderia ser veiculado na proposição de *lege ferenda* defendida por Cachapuz (1995, p. 481).

6.5 Paradiplomacia Judiciária?

Até o presente momento enfrentou-se a paradiplomacia como atividade internacional desenvolvida por órgãos do Poder Executivo dos entes governamentais não-centrais. Não obstante, pode-se cogitar de uma paradiplomacia legislativa, que se materializa em acordos celebrados por órgãos do Poder Legislativo com entes federativos locais ou centrais de outros Estados. Lessa (2002, pp. 86-87) se refere a um Acordo de Cooperação Institucional entre a Assembléia Legislativa de Santa Catarina e a Província de Henan, na República Popular da

³⁶ Admitindo a validade das Medidas Provisórias editadas por Estados vale conferir no STF o julgamento proferido na ADI 425-TO, rel. Ministro Maurício Correa, DJ de 19.12.2003, sobretudo a resenha sobre este julgado que consta do Informativo do STF nº 289, com ampla exposição doutrinária sobre o tema.

China, celebrado em 06 de fevereiro de 2002. Ainda se reporta ao “Termo de Colaboração entre a Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina e o *Consiglio della Provincia di Trento*”, celebrado em 12 de julho de 1999, anotando que “O instrumento destina-se a ‘desenvolver relações de recíproca informação e promover iniciativas comuns de colaboração para aprofundar o conhecimento dos respectivos sistemas legislativos, das competências exercidas bem como das relações com outras instituições governativas, judiciárias e administrativas’”.

Todavia, aquele inovador trabalho no mundo das letras jurídicas brasileiras não trata da paradiplomacia judiciária. Haveria, efetivamente, uma atividade paradiplomática exercida por órgãos do poder judiciário? Para compreender a questão, impende, primeiro, que se proceda a uma análise sobre a atividade governamental, a fim de bem precisar o étimo “governo” nas várias acepções em que possa ser empregado.

6.5.1 “Governo”: Acepções operacionais do termo

Cumpre, portanto, fixar o sentido da expressão “governo”, pelo menos os sentidos operacionais do termo utilizado neste trabalho, para a compreensão de mais uma faceta da paradiplomacia.

Bernardette Pedrosa, em inesquecível aula de Teoria Geral do Estado no curso de bacharelado em Direito da Faculdade de Direito do Recife, em agosto de 1979, invocava o pensamento de Carré de Malberg (1948, p. 484) para, estabelecendo a distinção entre ato administrativo e ato de governo em razão do exercício de competência vazada em lei ou decorrente direta e originariamente da Constituição, magistralmente, afirmar que a expressão

³⁷ Conferir subitem 6.2.2.

governo comporta três acepções: “governo em sentido estrito”; “governo em sentido amplo” e “governo em sentido amplíssimo”. Prosseguia, a sempre lembrada mestra da Casa de Tobias Barreto, afirmando que a expressão é empregada em sentido estrito para designar apenas os órgãos do Poder Executivo. Normalmente nos referimos aos atos da administração pública e não raro afirmamos: "o governo fez isto", "o governo deveria ter feito assim". Já em sentido amplo, a expressão refere-se, apenas, aos Poderes Executivo e Legislativo, eis que aqui se retira o Poder Judiciário da compreensão do governo por se entender tratar-se este de um poder apolítico (apenas no sentido de que não passaria pelo crivo direito do voto popular).

Com efeito, na grande maioria dos Estados, os órgãos do Poder Judiciário não resultam diretamente da vontade popular, são funcionários do Estado admitidos mediante concurso ou por outro meio qualquer de investidura permitido nas normas constitucionais que não o voto popular (nomeação e eleição por colegiados). Daí porque o conceito de governo em sentido amplo é eminentemente político. Enfim, em sentido amplíssimo o étimo é utilizado para designar os órgãos do poder Executivo, Legislativo e Judiciário. Aqui, o governo é a própria organização estrutural do Estado.

Pois bem. Até aqui se estabeleceram acepções operacionais da expressão governo, mas o que é governo? Das idéias ventiladas, já se extrai a de que a noção de governo diz respeito à estrutura organizacional e funcional do Estado através de seus órgãos. Reis (1975, p. 50) ensina que

"o Governo é um ente de existência contínua, a despeito das mutações que se podem operar na sua estrutura, ou na quantidade ou qualidade de suas atribuições. Representa a autoridade estatal de criar a ordem Política; regulamenta a vida social; executa as decisões e mantém a paz e a segurança do grupo; vela pelo interesse dos governados e dirime as querelas entre estes".

Opera, portanto, o cientista político pernambucano, com a expressão governo tomada em sentido amplíssimo, quando diz que o governo representa a autoridade estatal de criar a ordem (Poder Legislativo), regulamentar a vida social e executar as decisões, manter a paz e a segurança do grupo (Poder Executivo) e, por fim, dirimir as querelas existentes entre os governados (Poder Judiciário).

Como Palhares, outros mestres do Direito Público Brasileiro se manifestam no sentido de que o governo representa o exercício da autoridade. Assim ensina Lima (1957, p. 133): "a palavra governo em sentido próprio e geral, designa o exercício da autoridade pública pelo poder soberano: é a soberania posta em ação". Mas ao exercício desta autoridade, dois elementos devem ser acrescidos: a *legitimidade e a legalidade*. Com efeito, o exercício do poder pela autoridade pública deve repousar no consentimento popular e conforme os ditames traçados pela norma. A propósito, assevera Mac Iver³⁸ que

"uma autoridade é um homem ou um conjunto de homens a quem coube o direito de tomar decisões e de manter a ordem dominante em qualquer sistema ou área de organização social. Neste sentido, a autoridade não age em sua capacidade como particular, mas sempre em virtude de um direito que lhe foi conferido com este fim, pela sociedade".

Além do mais, o poder somente deve ser exercido de acordo com os procedimentos preestabelecidos no Direito.

Dessa ordem de idéias pode-se concluir que o governo é o exercício legítimo do poder por autoridade legalmente constituída. Com este entendimento do que seja governo, pode-se operar com qualquer das três acepções analisadas.

³⁸ In: As Malhas do Governo, apud Palhares Moreira Reis: op. cit. p. 5.

Fica, também, fácil, sob tal contexto, compreender porque os órgãos que exercem a função jurisdicional não podem ser apartados do processo político. Detêm eles a vontade política do Estado de dizer o Direito, ainda que esta vontade seja plasmada, no mais das vezes, de forma indireta pelo procedimento do concurso público ou da nomeação estabelecidos na Constituição, de onde, em última análise, pode-se extrair a conclusão de que foi a vontade popular que, na verdade, quer que os juízes sejam recrutados por essa ou aquela forma.

Assim, se ao positivar uma interpretação o magistrado revela a vontade política do Estado de dizer o Direito, criando uma norma jurídica de caráter particular que é a sentença, tem-se que admitir que exercem, igualmente aos órgãos dos outros dois poderes – políticos por excelência, porque provêm diretamente da vontade popular – função de governo, sendo o étimo empregado aqui em sentido amplíssimo. É pois, sob esta compreensão, que se pode apreender o que nesta dissertação se convencionou denominar, paradiplomacia judiciária, que revelaria, nesta conformidade, um procedimento extradogmático deflagrado pelos órgãos do poder judiciário de irromperem relações com outros órgãos judiciários de outros Estados estrangeiros, visando a prática de atos processuais a fim de prestar a jurisdição.

6.5.2 Manifestação da paradiplomacia judiciária: cumprimento direto – sem carta rogatória – entre Estados fronteiriços. Outro procedimento extradogmático

Como se sabe, a decisão política judiciária produzida em um Estado, para surtir efeito noutro, pressupõe que passe pelo crivo do órgão central da organização judiciária desse Estado. Nesse diapasão, há toda uma atividade diplomática, exercida pelo governo central, sob os auspícios de sua Chancelaria, mas ao declarado escopo de ensejar a manifestação política do Poder Judiciário. Com efeito, cartas rogatórias e sentenças estrangeiras para serem homologadas

ou cumpridas no Brasil necessitam que sua autenticidade seja certificada por cônsul brasileiro e as cartas rogatórias, de regra, tramitam pela via diplomática. Também pela via diplomática tramitam a citação dos Estados estrangeiros para o processo de conhecimento ou para a execução.

No Brasil, como em outros Estados, a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias para prática de atos processuais no País situam-se no âmbito da competência do órgão central superior do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal (Constituição: art. 102, I, *h*).³⁹

Vê-se, desde aí, que a diplomacia é exercida também ao auxílio da decisão política jurisdicional a cargo do órgão central superior do Poder Judiciário. Não obstante, órgãos judiciários de instâncias inferiores têm no dia-a-dia partido para procedimentos extradogmáticos no âmbito das relações internacionais judiciárias, fugindo da conformação normativa, alçada a nível constitucional, que impõe a sujeição do exercício desta competência ao órgão central do sistema judiciário.

Deveras, não raro se tem invocado a extensão continental deste País como causa ou efeito de problemas com os quais se deparam os poderes organizados. Se esse fenômeno se divisa com tamanha intensidade no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, não é, todavia, inexistente no seio do Poder Judiciário. Lá, no entanto, o fato serve, quase sempre, de evasiva à responsabilidade do Estado. Aqui, de outro modo, perturba, dificulta e retarda a prestação jurisdicional, sobretudo nos juízos confinantes com territórios estrangeiros.

³⁹ Com a Emenda Constitucional nº 45, a competência passou para o Superior Tribunal de Justiça, o que não invalida a ordem de idéias que será desenvolvida.

Uma das nuances decorrente do problema é a questão do cumprimento das cartas rogatórias. É que, não raro, diligências simples têm que se submeter ao procedimento da rogatória, quando poderiam facilmente ser cumpridas diretamente entre os juízos lindeiros, porém submetidos a ordens estatais distintas. Com efeito, é comum aos juízes de fronteira terem conhecimento de que acusados ou testemunhas encontram-se no território alienígena. Às vezes, o que separa ambas as jurisdições é simplesmente uma avenida internacional, tendo-se, até mesmo, dificuldades para se precisar o real alcance da ordem jurídica de um Estado e de outro.

É certo que o problema aflige apenas uma parcela minoritária do contingente de magistrados deste País. Entretanto, isso não lhe tira a importância, exatamente porque, no presente, todas as atenções encontram-se voltadas para combater, prevenindo e reprimindo, o tráfico internacional de entorpecentes, sendo de domínio público o esforço que os Estados e organismos não governamentais têm desempenhado nesse sentido.

Entre nós, é de se reconhecer que a ação, ao declarado fito, ainda se apresenta aquém do que realmente se poderia fazer; já porque há uma imotivada resistência - guarnecida em defesa da intimidade e privacidade das pessoas - em se deferir medidas como interceptação de comunicações telefônicas, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário e fiscal; já porque o próprio sistema jurídico impõe certos óbices à rápida atuação do Judiciário, como é a exigência de carta rogatória entre juízes de fronteira quando se sabe que, para procrastinar o processo, ou mesmo para se evadir à jurisdição, basta cruzar uma avenida ou uma ponte.

O angustiante problema apenas pode ser percebido pelos profissionais (juízes, membros do Ministério Público e policiais) que exercem atividades em zonas de fronteira. Casos

se multiplicam em que se sabe que o paradeiro de acusados e testemunhas são as cidades fronteiriças, e aí deparam-se os magistrados com o penoso procedimento rogatório.

À guisa de ilustração, toma-se a liberdade de registrar o seguinte caso: uma religiosa era a testemunha de crime ocorrido em Bonfim, no Estado de Roraima. A religiosa residia num convento em Lethen, cidade da Guiana, fronteira àquela. Neste caso, a fim de se evitar o demorado provimento da rogatória, o magistrado resolveu convidar a religiosa para comparecer ao juízo. Para tanto contatou seu colega da vizinha cidade, fazendo consignar do expediente que fosse a testemunha convidada a prestar o depoimento no Brasil. A religiosa compareceu e este processo obteve termo.

Já em outro processo, o acusado, posto em liberdade, bem como suas testemunhas, nunca compareceram e estão residindo naquela cidade de outro país, no caso, ligadas por um rio ... e o processo se delonga, paralisado no aguardo de diligências rogatórias. Na região amazônica, aliás, constatou-se prática de intimações e até mesmo citações através de programas de rádio⁴⁰. Pasmem-se! Isso mesmo, programas populares de rádio onde são veiculadas as datas da audiência, o nome das testemunhas, muitas delas estrangeiras, e o aviso de que deverão comparecer perante o juízo, até mesmo estrangeiro, para prestar depoimento. Isso, muita vez surte efeito! Dir-se-á, o procedimento é inconstitucional... e no âmbito das relações internacionais, pode-se divisar nesses arranjos, às vezes até mesmo acordos entre juízos fronteiriços, uma autêntica paradiplomacia judiciária.

⁴⁰ Depoimentos por ocasião do “Encontro de Juízes Federais e Estaduais do Amapá, Pará, Roraima e Amazonas”, Macapá: 28.4 a 01.05 de 1998, promovido pelo TRF/1ª Região e TJ/AP.

Lamentavelmente, não se dispõe de dados estatísticos sobre o fenômeno. Mas ele existe e avança nas regiões fronteiriças. Juízes nacionais, que atuam em região de fronteiras, já se encontraram para debater o tema⁴¹ e já se fala em encontro dos juízes nacionais com os estrangeiros vizinhos à guisa de enfrentarem tais assuntos, ajustarem procedimentos e proporem equacionamento.

Nem sempre, todavia, pode-se vislumbrar a solução alvitrada com relação à religiosa, e parece, sob tal contexto, que o problema conclama uma solução que escape à ousadia (lamentavelmente parca, *data venia*) dos juízes fronteiriços, que de regra não se aventuram em procedimentos extradogmáticos, porque habituados a enxergar o Direito como um sistema auto-referente, auto-produtivo, portanto fechado, não imprimindo legitimação jurídica a elementos trazidos dos sistemas social, econômico e político, ao fito de integrar a norma e conformá-la à satisfação da justiça e às exigências do bem comum.

Assim quadrado o problema, impõe-se a seguinte indagação: que solução se avulta para resolvê-lo?

Registre-se, de imediato, que as soluções que vêm sendo tomadas em cada caso em particular por parte de magistrados que não encontram receio em ousar na interpretação e aplicação normativas, pela compreensão de que o Direito é um instrumento, um meio para alcançar a Justiça - não um fim em si próprio, reputam-se inteiramente válidas quando não causem prejuízo para a defesa das partes.

⁴¹ Idem.

Respondendo-se à indagação, haverá quem defenda a modificação da legislação pertinente. Essa solução não parece a apropriada e, definitivamente, não possui o condão de por termo ao problema. Efetivamente, debruçando-se sobre a ordem normativa do Estado brasileiro, tem-se, a respeito, primeiro, como aqui já se assentou, a norma constitucional inserta na alínea "h" do inciso I do art. 102 da Carta, segundo a qual compete ao STF conceder o *exequatur* às cartas rogatórias⁴². Já os diplomas processuais estabelecem a expedição da carta rogatória dirigida à autoridade judiciária estrangeira (CPC, art. 201, e CPP, arts. 783 e 784).

No regime jurídico brasileiro, portanto, as cartas rogatórias, para serem aqui cumpridas, necessitam da concessão de ordem da parte de órgão judiciário central. É sabido que a finalidade do *exequatur* é obstar o cumprimento de carta que atente contra os bons costumes, a ordem e a segurança nacionais.

Não seria preciso, todavia, lançar mão de reforma à Constituição, muito menos de reforma à legislação infraconstitucional, para ensejar o cumprimento direto, sem carta rogatória, entre os países que fazem fronteira com o Brasil.

Efetivamente, é de se ver, primeiro, como bem registrou Silva (1992, p. 487), que essa matéria não envolve, necessariamente, um conflito de interesse de natureza constitucional⁴³. Todavia, velar pelos bons costumes, pela ordem, segurança e soberania nacionais é competência (dever) de qualquer juiz ou tribunal, sem prejuízo de pronunciamento ulterior de um órgão judiciário central diante de um conflito que se instaure.

⁴² Hoje competência do STJ: alínea *i* do inciso I do art. 105 acrescida pela Emenda Constitucional nº 45.

⁴³ Daí o acerto da Emenda Constitucional nº 45 ao transferir a competência para o STJ.

Segundo, é evidente que de nenhum ou de reduzidíssimo efeito seria a reforma na legislação processual pátria para permitir o cumprimento direto na hipótese aventada, se tal também não ocorresse no direito doméstico de cada Estado vizinho.

Um dos óbices ao fortalecimento do Direito comunitário ou supranacional é exatamente a resistência dos Estados em adaptar suas legislações ao Direito fruto dos tratados constitutivos, ou seja, o direito decorrente de um tratado erigido em nome de uma integração mais que econômico-social, uma integração política, como é o caso da União Européia, que já parte agora para a constitucionalização em nível supranacional, ou mesmo do Mercosul, que ainda engatinha na superação das barreiras alfandegárias, ao escopo de assegurar livre trânsito de bens e pessoas.

Aqui entre nós, se a tradição jurídica brasileira, encharcada em conceito absoluto de soberania, abriu espaço em assembléia constituinte para admitir que o Estado brasileiro buscará uma integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina visando à formação de uma comunidade de nações (parágrafo único do art. 4º da Carta) e permitiu, posteriormente, entre outras reformas legislativas, a reforma constitucional que modificou a redação do inciso IX do art. 170 e revogou o art. 171, para expungir o protecionismo à empresa brasileira, é forçoso, por outro lado, reconhecer, que não se tem avançado pelo caminho necessário a abrir a Constituição à recepção de normas de direito internacional como os tratados, não obstante o comando emergente dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição, como antes neste estudo já se registrou⁴⁴.

⁴⁴ Conferir nota de rodapé nº 24.

É praticamente impossível divisar, nessa contextura, uma reforma na legislação pertinente brasileira e na dos países vizinhos, recomendada por um tratado multilateral, para ensejar a imediata adoção do cumprimento direto de cartas rogatórias. Anos e anos seriam necessários para que tal ocorresse, porque, como se sabe, as questões econômico-financeiras, necessariamente, ganham mais vulto e exigem a superação mais rápida das passarelas de adaptação. Por outro lado, o conceito de soberania operado no Direito latino-americano é absoluto, ainda remontando às lições da doutrina clássica, e a consequência disso, à guisa de exemplo, está estampada nos julgados da Suprema Corte aqui já focalizados.

Exsurge, desde aí, que uma possível solução encontraria espaço no âmbito do Direito Internacional, mercê de tratado, à parte da enorme resistência que se verifica quando se põe em xeque a supremacia desta fonte de produção normativa do Direito Internacional e a própria norma interna, sobretudo quando se trata de norma constitucional.

Não há dúvida que um tratado entre os países vizinhos visando ao declarado escopo, ou seja, ensejando o cumprimento direto, sem carta rogatória, entre países limítrofes, constituiria mecanismo hábil em busca da solução para o problema.

A causa justa para sua existência parece estreme de qualquer dúvida. Os benefícios para o exercício da jurisdição, que se tornará mais rápida e eficaz, são incontestáveis. A competência do órgão judiciário central para apreciar eventual lesão aos bons costumes, à ordem, à segurança e à soberania nacionais restará preservada, porque não se cogita de revogação tal qual estabelecida na Constituição.

A proposta redundaria, na verdade, apenas em dispensar a análise prévia quando se trate de cumprimento entre países que fazem fronteira, porque há motivos para tanto relevantes, mas, havendo reclamação, poderá o órgão judiciário central, conceder provimento acautelatório para suspender a eficácia da decisão judiciária local e, no mérito, confirmá-la ou invalidá-la, se lesiva naquela conformidade.

De ver, ainda, que a matéria pode se encontrar delimitada no tratado a atos processuais de mera tramitação, tais como: notificações, citações, intimações, emprazamentos, recebimento e obtenção de provas, bem como prisões cautelares em crime que a legislação interna não exclua a extradição, circunstâncias que estão longe de configurar lesão à soberania do Estado.

A proposição atende, no mais, aos artigos 14 e 15 da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias firmada no Panamá em 30 de janeiro de 1975 e promulgada no Brasil pelo Decreto 1.899, de 9 de maio de 1996, sendo certo que teria alcance maior em relação à matéria para incluir a criminal.

Não obstante, esta preposição de *lege ferenda* em nada macula a validade das ações que são hoje desenvolvidas pelos juízes fronteiriços, conquanto procedimentos extradogmáticos amparados nos novos paradigmas de direito e de soberania nesta dissertação esposados.

6.5.3. Um tímido avanço: o Protocolo de Las Leñas

Celebrado em 27 de junho de 1992, no Vale de Las Leñas, Argentina, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 55, de 19.4.95, e promulgado pelo Decreto nº 1.901, de 09.5.96, o

tratado, na linha de harmonização das legislações dos Estados do Mercosul, estabelece regras de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa. Pode, realmente, ser considerado um avanço em matéria de cooperação jurisdicional transfronteiriça ao estabelecer procedimentos simplificados a serem observados pelos Estados partes, mas poderia ter avançado muito mais para, inclusive, alcançar matéria criminal, que constitui ponto crucial das atividades jurisdicionais de fronteira, sobretudo quando a preocupação nos dias de hoje está voltada para o combate ao narcotráfico.

Ressentindo-se a cooperação do alcance da matéria criminal, ainda assim, no âmbito das matérias alcançadas, divisa-se que faltou coragem de ir mais além em prol de uma integração mais efetiva, e a causa que impediu passos mais largos deve ser tributada exatamente ao ranço, ao apego tradicional à soberania, vista de forma absoluta.

No que pertine à matéria que está sendo tratada neste trabalho, valem expostas as seguintes disposições do tratado:

“Reconhecimento e Execução de Sentenças e de Laudos Arbitrais”

Artigo 18

As disposições do presente Capítulo serão aplicáveis ao reconhecimento e à execução das sentenças e dos laudos arbitrais pronunciados nas jurisdições dos Estados-Partes em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, e serão igualmente aplicáveis às sentenças em matéria de reparação de danos e restituição de bens.

Artigo 19

O pedido de reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais será tramitado por via de cartas rogatórias e por intermédio da Autoridade Central.

Artigo 20

As sentenças e os laudos arbitrais a que se refere o artigo anterior terão eficácia extraterritorial nos Estados-Partes quando reunirem as seguintes condições:

- a) que venham revestidos das formalidades externas necessárias para que sejam considerados autênticos no Estado de origem;
- b) que estejam, assim, como os documentos anexos necessários, devidamente traduzidos para o idioma oficial do Estado em que se solicita o seu reconhecimento e execução;
- c) que emanem de um órgão jurisdicional ou arbitral competente, segundo as normas do Estado requerido sobre jurisdição internacional;
- d) que a parte contra a qual se pretende executar a decisão tenha sido devidamente citada e tenha garantido o exercício de seu direito de defesa;
- e) que a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada;
- f) que claramente não contrariem os princípios de ordem pública do Estado em que se solicita seu reconhecimento e/ou execução.”

Como se vê, em decorrência do tratado de cooperação jurisdicional, a sentença estrangeira goza de eficácia extraterritorial nos Estados-Partes e será cumprida por meio de carta rogatória.

Ora, dizer que uma sentença goza de eficácia extraterritorial é dizer que ela rompe os limites da jurisdição de um Estado para produzir efeito em território de outro Estado.

A Constituição brasileira, todavia, estabelece que compete a órgão judiciário central a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias. São, de fato, dois procedimentos distintos: a homologação e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

A homologação das sentenças estrangeiras está regulamentada no Regimento Interno do STF, a partir do art. 215. Trata-se de autêntico processo judicial onde é assegurado o contraditório à parte contra quem a sentença será executada, que deverá ser citada para contestar o pedido em 15 dias. Apresentada a contestação, o requerente se manifestará, após o que será ouvido o Procurador-Geral da República, e, por fim, o Presidente do Supremo decidirá, homologando, ou não, o provimento alienígena.

Procedimento diferente ocorre com a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias. Com efeito, nos termos vazados a partir do art. 225 do Regimento do STF, verifica-se que, recebida a rogatória, será o interessado residente no país intimado para impugná-la. Em seguida, abrir-se-á vista ao Procurador-Geral da República, que poderá também impugná-la. Essas impugnações, todavia, ao contrário da contestação do procedimento homologatório, encontram-se restritas à alegação de que o cumprimento do ato processual rogado encontra óbice na soberania nacional ou na ordem pública ou, ainda, que lhe falta autenticidade. O procedimento é simplificado, não se admitindo contestação, porque o contraditório e a mais ampla defesa devem ser observados na justiça rogante. É por isso que não se admite rogatória que importe em cumprimento de ato executório, o que pressuporia a homologação da sentença ou do ato judicial a ela equiparado sob o império dos efeitos da coisa julgada.

Pois bem. Do momento em que o Protocolo de La Leñas conferiu eficácia extraterritorial às sentenças proferidas pelos Estados-Partes, elas estariam aptas a serem cumpridas diretamente em qualquer Estado, sem que fosse preciso o procedimento de incorporação, que de acordo com a Constituição brasileira ocorre com a homologação a cargo da Suprema Corte. Isso se viabilizaria porque o tratado expressamente estabeleceu que o

cumprimento se daria por meio de carta rogatória. E se a sentença goza de extraterritorialidade, a carta rogatória, para o seu cumprimento, poderia ser expedida entre autoridades judiciárias locais, e seria cumprida à vista do preenchimento dos requisitos estabelecidos no art.20 daquele tratado.

Assim estão convencidos muitos juízes fronteiriços sequiosos de uma prestação jurisdicional célere e de uma rápida satisfação da justiça, como reclama, é bem verdade, as vicissitudes de um mundo globalizado.

A extensão dos efeitos da extraterritorialidade impingida pelo Pacto de Las Leñas às sentenças de órgãos judiciários do Mercosul, lamentavelmente, não possui esse alcance. Deveras, como aqui já se afirmou, o avanço foi pálido. Confira-se, a propósito, que ao lado de proclamar a extraterritorialidade das sentença (art. 20), aquele tratado prescreve no art. 19 que a tramitação ocorrerá por via de cartas rogatórias e por intermédio da autoridade central. Significa dizer: a rogatória, para cumprimento das sentenças proferidas pelos Estados do Mercosul, deve passar pelo crivo da suprema corte do Estado rogado.

Mas, observe-se que o Pacto de Las Leñas já introduziu sensível mudança no sistema jurídico pátrio, inclusive, não há como não admitir, a ponto de imprimir novo espectro ao comando emergente do art. 102, I, *h*, da Constituição⁴⁵, pois, isso é certo, as sentença providas de países do Mercosul não passarão mais pelo crivo da homologação, mas pelo procedimento simplificado das rogatórias, onde, de qualquer sorte, o órgão judiciário central exercita o juízo de delibação, mas em espaço procedimental, como se viu, muito simplificado.

⁴⁵ Hoje, após a Emenda Constitucional nº 45, a referência deve ser feita ao art. 105, I, *i*, permanecendo inalterado o raciocínio desenvolvido.

Significa dizer, em outras palavras, que a integração desse tratado está ensejando modificação no texto da Constituição para permitir o cumprimento de sentenças – e decisões com trânsito em julgado, porque àquelas equiparadas – proferidas por juízes dos Estados do Mercosul, sem o procedimento da homologação.

Essa integração de um tratado em nível de norma constitucional revela, uma vez mais, o sistema jurídico pátrio abrindo-se para inter-referências, mercê de um compartilhamento da soberania compreendido facilmente dentro de uma visão alopoiética do direito.

O ideal seria que efetivamente o tratado tivesse avançado para permitir a extraterritorialidade com cumprimento direto entre as autoridades judiciárias locais. Não se divisa nenhum óbice a tanto, senão o ranço que entre nós ainda é presente de elevar a soberania a patamares absolutamente incompatíveis com a sobrevivência do Estado no terceiro milênio.

Deveras, será que um magistrado local não se encontra habilitado a examinar os requisitos extrínsecos da sentença tal qual vazados no tratado em exame (art. 20)? Será que o magistrado local não poderá igualmente analisar se o cumprimento da decisão estrangeira atenta contra a soberania nacional ou a ordem pública? De qualquer sorte, se um juiz não observar quaisquer destes aspectos, a parte interessada e o Ministério Público poderiam se valer do meio previsto no art. 102, I, *l*, da Carta, que prevê a competência do STF para julgar “a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”⁴⁶.

⁴⁶ A referência, após a Emenda Constitucional nº 45 é ao art. 105, I, *f*.

O que se está a defender, sob tal contextura, é que há conformação normativa para conferir, de acordo com o direito brasileiro, extraterritorialidade direta e imediata às sentenças e atos a ela equiparados, como a decisão interlocutória, com trânsito em julgado, proferidas no Mercosul, o que ensejaria, aqui, o cumprimento direto através de cartas rogatórias entre órgãos jurisdicionais locais ou regionais, ficando, obviamente, ressalvado ao órgão judiciário central, na via da reclamação, suspender, inclusive liminarmente, o ato se julgar atentatório à soberania nacional ou à ordem pública.

Na prática, a hipótese aqui sustentada já ocorreu. A Reclamação nº 717/RS⁴⁷ obteve, em 30 de dezembro de 1997, despacho do Presidente do STF para sustar o cumprimento direto de carta rogatória expedida por magistrado estrangeiro (juiz de Rivera, no Uruguai) e voltada para o cumprimento de sentença pelo juízo de direito de Santana do Livramento, no Rio Grande do Sul. Consta do despacho que o fundamento de que se valeu a autoridade judiciária brasileira local foi a extraterritorialidade da sentença conferida pelo Protocolo de Las Leñas. Para o STF, a simplificação procedimental não se erigiu a ponto de expungir a concessão de *exequatur*, que é de sua competência.

De outra feita, a Suprema Corte brasileira asseverou que o Protocolo de Las Leñas

“não afetou a exigência de que qualquer sentença estrangeira – à ela é de equiparar-se a decisão interlocutória concessiva de medida cautelar – para tornar-se exeqüível no Brasil, há de ser previamente submetida à homologação do Supremo Tribunal Federal, o que obsta a admissão de seu reconhecimento incidente, no foro brasileiro, pelo juízo a que se requeira a execução; inovou, entretanto, a convenção internacional referida, ao prescrever, no art. 19, que a homologação faça mediante rogatória, o que importa admitir a iniciativa da autoridade judiciária competente do foro de origem e que o *exequatur* se defira

⁴⁷ DJ de 05.09.2002.

independentemente da citação do requerido, sem prejuízo da posterior manifestação do requerido, por meio de agravo à decisão concessiva ou de embargos ao seu cumprimento.”⁴⁸

O caminho, portanto, está aberto para uma extraterritorialidade mais ampla, ainda que mercê de modificação do texto constitucional, seja através de tratados, o que reclamará, sem dúvida, uma interpretação da Constituição de modo a encará-la como um sistema aberto de normas e princípios.

Enquanto isso, não se olvide, os juízos fronteiriços continuarão a insistir em procedimentos extradogmáticos, muitos dos quais, como os exemplos expostos neste trabalho, os órgãos de cúpula do Poder Judiciário sequer poderão cogitar, e assim ocorrerá numa visão alopoiética do direito constitucional e das relações internacionais, chamem a isso ou não paradiplomacia judiciária.

⁴⁸ Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 7613-4 – República Argentina, DJ de 09.5.97.

7. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL - TPI E A CONSTITUIÇÃO

O cenário mundial tem sido palco de espetáculos cruciantes quando o que está em cena são os direitos humanos. Tem-se assistido a verdadeiras tragédias onde não faltam, efetivamente, agressões à dignidade da pessoa humana sob as mais variadas formas de violação aos direitos humanos, desde guerras deflagradas sob o pálio de legítimo exercício de defesa à injusta agressão, a condutas omissivas, que igualmente conduzem a situações desastrosas, até mesmo catastróficas com perecimento de milhares de vidas em decorrência da miserabilidade de assola o eixo sul.

A confiança na impunidade tem conduzido a vida no planeta a uma situação aflitiva de instabilidade e de insegurança, tudo em detrimento de um espaço propício para o desenvolvimento da vida em sua plenitude. Assim é que, em recente entrevista, o Juiz da Corte Internacional de Justiça, Francisco Rezek (2003, pp. 13-14), afirmou que os Estados responsáveis pelo ataque ao Iraque

“estão sujeitos à reprovação de outros tantos países, mais atentos ao Direito e à competência das Nações Unidas. À reprovação da opinião pública internacional, a começar pela opinião, em alguns casos largamente majoritária, de seus próprios povos. E a todas as consequências daquilo que, mesmo sob uma ótica estritamente militar, está sendo um desastre. Um desastre sangrento, desumano, e agravado a cada dia, como tudo aquilo que se empreende sem um mínimo de inteligência e de decência. Mas não há outras consequências, do gênero de uma pronta repressão da aventura internacionalmente ilícita. Esse é o grande drama do Direito Internacional do nosso tempo: a sanção só se materializa, no sistema das Nações Unidas, por obra do Conselho de Segurança, e este não tem, tecnicamente, como decidir contra o voto de qualquer dos cinco países detentores de assento permanente.”

A opinião do insigne jurista brasileiro expõe a fragilidade do sistema garantidor dos direitos humanos no terceiro milênio e revela o menoscabo impingido ao princípio da dignidade da pessoa humana que, segundo BARROSO (2001, pp. 31 - 32):

“identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente de crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.”

Nesse contexto, surge o Tribunal Penal Internacional – TPI, como proposta de sistema adicional garantidor dos direitos humanos, voltado para repelir a impunidade dos autores de crimes de maior gravidade de que têm sido vítimas milhões de crianças, homens e mulheres, que revelam atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência humana e constituem ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade, conforme disposto no preâmbulo do Estatuto de Roma que o criou.

Pretende-se, a partir de agora, analisar a conformação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional com a Constituição brasileira à luz do princípio da complementaridade. Para tanto, serão enfrentados os conhecidos núcleos de conflitos entre a normatividade do sistema garantidor internacional e o direito brasileiro que residem na prisão perpétua, imprescritibilidade de crimes, entrega de nacionais e imunidades e prerrogativas de foro de agentes políticos.

As disposições do Estatuto sobre tais matérias, que num primeiro exame chocar-se-iam com comandos constitucionais, revelar-se-ão compatíveis dentro de uma análise voltada para imprimir densidade normativa ao princípio da dignidade da pessoa humana

amparada em ponderação de valores e interesses. Essa ponderação principiológica afasta a aporia entre soberania e direito, desde que se abandone as concepções clássicas e se opere com uma moderna concepção de direito havida dentro do âmbito da *alopoiese* jurídica e, decorrente dela, uma nova concepção de soberania igualmente inter-referente e hetero-produtiva, que enseja a criação do Tribunal Penal Internacional – TPI como novo sistema internacional garantidor e garante a compatibilidade de seu Estatuto com a Carta.

7.1 Metamorfose no conceito de soberania. A soberania compreendida como qualidade do poder do Estado entrelaçada em relações de inter-referências partindo do sistema jurídico para o sistema social, político e econômico

Já se teve oportunidade de registrar que a soberania não pode mais ser concebida apenas dentro do domínio do normativo, como o fez Kelsen (1992, p. 161). Com efeito, hodiernamente, a projeção desta qualidade do poder do Estado encontra-se entrelaçada num amálgama de relações que não se projetam exclusivamente no campo normativo. Atento a este aspecto Ferrajoli (2002, p. 1), de início, já chama a atenção para que a “*Soberania* é um conceito ao mesmo tempo jurídico e político, em torno do qual se adensam todos os problemas e aporias da teoria juspositivista do direito e do Estado.”

Deveras, assim como próprio direito não pode mais ser compreendido sob uma visão exclusivamente normativista porque legitimado e operado, como aqui já se viu, num sistema aberto, mercê de um complexo de relações de inter-referências, a soberania, igualmente, não pode ser mais concebida, legitimada e operada num sistema hermeticamente fechado que seria o sistema jurídico do Estado concebido como fonte exclusiva de criação e aplicação normativa.

A partir daí, divisa-se uma concepção aberta da soberania para havê-la mesclada em redes de relações de inter-referências partindo do sistema jurídico para o sistema social, político e econômico.

Porém, é preciso se ter presente que não apenas o capital e a tecnologia romperam as fronteiras do Estado nacional, mas com mesma amplitude o crime organizado.

Segundo Castells (2002, p. 40):

“(...) as atividades criminosas e organizações ao estilo da máfia de todo o mundo também se tornaram globais e informacionais, propiciando meios para o encorajamento de hiperatividade mental e desejo proibido, juntamente com toda e qualquer forma de negócio ilícito procurado por nossas sociedades, de armas sofisticadas à carne humana.”

Efetivamente, hoje divisa-se a existência de redes criminosas internacionais para tráfico de entorpecentes, órgãos, crianças, mulheres, armas e capital ilícito. Para fazer face a esse fenômeno, igualmente vicejam redes de proteção cuja atuação se expressa sob as mais variadas organizações não governamentais.

Esse amálgama de inter-referências ora se desenvolve em amparo ao processo democrático buscando a inserção e a integração de comunidades ao escopo de tutelar e ensejar a eficácia dos direitos humanos, ora se desenvolve exatamente ao fito contrário. Aqui, vê-se travada verdadeira batalha. Essa luta, no plano interno, tem propiciado a consolidação do Estado constitucional de direito, que submete o exercício da soberania aos limites normativos, mas a norma, sendo produto da vontade popular, avulta-se soberana, de tal sorte que esse círculo garante a legitimidade e resolveria uma possível antinomia entre a soberania, como poder supremo que não reconhece outro acima de si, e sua limitação jurídica. Ferrajoli (2002, p. 44) reproduz esse fenômeno com clareza lapidar afirmando que:

“Essa antinomia, como já se viu, resolveu-se no plano do direito interno com o nascimento do estado constitucional de direito, em virtude do qual o direito regula a si próprio, impondo à sua produção vínculos não mais apenas formais, ou seja, relativos às suas formas, mas também substanciais, ou seja, relativos aos seus conteúdos, e assim condicionando não mais apenas o vigor das normas produzidas, mediante normas sobre os procedimentos, mas também sua validade substancial, mediante normas sobre os direitos fundamentais. No estado de direito, portanto, não existe nenhum soberano, a menos que não se entenda como “soberana”, como puro artifício retórico, a própria constituição, ou melhor, o sistema de limites e de vínculos jurídicos por ela impostos aos poderes públicos já não mais soberanos.”

O problema, todavia, assume conotação diferente quando enfrentado em face da soberania externa. Deveras, a ausência no âmbito internacional de uma norma legitimadora que igualmente imponha ao Estado vínculos formais e materiais sempre ensejou o exercício da soberania de forma absoluta e unilateral. De tal sorte, quando hoje se cuida de estabelecer no plano externo um quadro formal e material legitimador e garantidor (*ius cogens*), que implicaria e evidenciaria a antinomia entre soberania e direito, o que obviamente apenas se processará como ressalta Ferrajoli (2002, p. 46), parodiando Dworkin⁴⁹, se se “‘levar a sério’ o direito internacional, e, portanto, assumir seus princípios como vinculadores e seu projeto normativo como perspectiva alternativa àquilo que de fato acontece; validá-los como chaves de interpretação e fontes de crítica e deslegitimação do existente; enfim, planejar as formas institucionais, as garantias jurídicas e as estratégias políticas para realizá-los”.

Enquanto isso não se efetiva, multiplicam-se as violações aos direitos fundamentais, à paz e à segurança e outro caminho não se avulta senão divisar e operar a soberania sobre outro paradigma de modo a acompanhar o que acontece, o que existe: o desenvolvimento de núcleos de poder (não apenas estatal) hegemônicos e voltados para atuação

⁴⁹ Referência ao título do livro Levando os direitos a sério. DWORKIN, Ronald. Martins Fontes, 1992.

em rede de modo a infundir, difundir e perpetrar as mais atrozes violações ao princípio da dignidade da pessoa humana.

7.2 O exercício da soberania em rede. A atuação de novos agentes. Uma nova constelação: a imprimida pela jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional – TPI, produto da atuação inter-referente da soberania, criando um sistema normativo garantidor hetero-produtivo

A clássica idéia de soberania como poder supremo, absoluto, que não admite nenhum outro maior que si, não mais se sustenta diante da realidade das relações internacionais. A idéia de um poder soberano cuja legitimação e limites encontram-se exclusivamente na norma por ele criada e aplicada entra em confronto com a convivência internacional das últimas décadas e o irrompimento do fenômeno da globalização.

De fato, a relação de dominação tem encontrado hodiernamente enfrentamento como se percebe das idéias de Bobbio (2002, p. 67) para quem o poder tem se estendido da esfera das relações políticas para as relações em que o indivíduo aparece como centro de irradiação de vontade, naquilo que se tem chamado fenômeno da expansão ascendente do poder. A idéia também é encontrada em Foucault (2002, p. 184) quando assevera que:

“(...) o importante não é fazer uma espécie de dedução do poder que, partindo do centro, procuraria ver até onde se prolonga para baixo, em que medida se reproduz, até chegar aos elementos moleculares da sociedade. Deve-se, antes, fazer uma análise ascendente do poder: partir dos mecanismos infinitesimais que têm uma história, um caminho, técnicas e táticas e depois examinar como estes mecanismos de poder foram e ainda são investidos, colonizados, utilizados, subjugados, transformados, deslocados, desdobrados, etc, por mecanismos cada vez mais gerais e por formas de dominação global.”

Mas para o renomado autor a concepção vai mais além, porque efetivamente, por esse cogitado caminho inverso que desloca o eixo vetorial para o sentido ascendente quando a

análise se volta para considerar, primeiro, os elementos infinitesimais que circundam os agentes e não primordialmente o pólo de onde se irradia o mando, o que se verifica é, na verdade, uma circularidade que revela uma atuação do poder em rede que se verifica a partir de uma opção metodológica onde

“O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em *rede*. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão. Em outros termos, o poder não se aplica aos indivíduos, passa por eles.” (FOUCAULT, 2002, p. 193) (*o destaque não está no original*)

Dentro dessa linha de argumentação é possível afirmar que o fenômeno da expansão ascendente do poder, guarnecido sob o manto da subsidiariedade, propicia o exercício do poder em rede e tem se erigido em tendência para fortalecimento da democracia, ao passo que, ao mesmo tempo, impinge gravitação, que poderá, a depender da intensidade com que o fenômeno se desenvolva nas próximas décadas, ter o condão de senão desviar, ao menos suportar em melhores condições os efeitos irradiantes de núcleos hegemônicos de poder, sobretudo do Estado líder mundial. Com isso, não se pretende defenestrar a globalização, bandeira sob a qual se irradia a expansão da cultura ocidental, untada pelo fortalecimento de um capitalismo atroz, que introduz forte desequilíbrio no binômio *capital x trabalho*. Definitivamente não! A globalização é inevitável.

Todavia, ajustar os Estados periféricos à globalização tem conduzido a uma situação de exclusão, onde a soberania popular e o princípio da dignidade da pessoa humana têm sido postos de lado em face da sobrepujança de um unilateralismo massificante. Em nome da globalização tem-se levado à falência pequenas e médias empresas nacionais a fim de propiciar a

entrada de produtos dos países do primeiro mundo. Tem-se assistido a privatizações, entregando-se, sem controles, o poder e a riqueza de empresas estatais, o que tem acarretado consequências desastrosas para as relações de consumo. Tem-se reduzido os direitos sociais, especialmente os dos trabalhadores, aniquilando-se com a proteção à despedida arbitrária, reduzindo-se salários, amesquinhando-se aposentadorias, tudo em nome de uma reforma social. Assiste-se, ainda, a uma redução significativa de aporte de recursos do governo central aos governos locais, desfigurando-se federações e fazendo-se tábula rasa do princípio da subsidiariedade, prejudicando o desenvolvimento das regiões mais pobres. Os sistemas de saúde e de educação têm cada vez mais sua responsabilidade imputada aos governos locais ou à própria comunidade. Com isso, sucateiam-se escolas e hospitais. A carga tributária aumenta em nome de um pacto fiscal. Tudo, enfim, em defesa do que se preconizou chamar de “Reforma do Estado” ou “Modernização do Estado”, ao escopo de preparar o Estado para enfrentar o terceiro milênio em um mundo globalizado.

Neste contexto, algumas perguntas se impõem: a que propósito tais medidas? Mascarariam objetivos outros? Avultam-se como o caminho adequado a ser palmilhado? O pesado sacrifício que se tem imposto aos povos periféricos pelos Estados-núcleos justifica-se em nome de uma globalização que propiciará a integração desses povos a um contexto comunitário internacional apto a garantir a dignidade da pessoa humana, a plenificação dos direitos fundamentais e o fortalecimento da democracia?

Há, sem dúvida, caminhos para a globalização ensejar desenvolvimento, bem-estar social, fortalecimento da vontade popular e, via de consequência, da democracia e em decorrência viabilizar a paz entre os povos, assegurar, enfim, em uma palavra, por mais

paradoxal que possa parecer, *inclusão*. Sim, uma globalização de inclusão, com base teórica lastreada, entre tantos outros caminhos, pelos percorridos nesta dissertação, onde os benefícios de acesso ao desenvolvimento, à tecnologia, aos bens e aos serviços, possam ser estendidos aos povos dos Estados periféricos e experimentados por todos os indivíduos. Uma globalização que respeite as identidades multicivilizacionais, não partindo, portanto, do falso suposto de hegemonia de uma cultura.

Enfrentando a globalização Habermas (2001, p. 84) utiliza o conceito “para a descrição de um processo, não de um estado final. Ele caracteriza a quantidade cada vez maior e a intensificação das relações de troca, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras nacionais.”

Esse processo enseja o que o autor alemão convencionou denominar de *nova constelação pós-nacional*, que revelaria o ambiente de mudanças onde o Estado nacional atuará neste novo milênio. Esse ambiente impõe uma agenda de políticas públicas onde o Estado aparece tomando ciência que não mais detém o monopólio do direito, ante a atuação de antigos e novos atores num ambiente muito mais complexo e denso. Divisando a atuação da sociedade em rede, prossegue Habermas (2001, p. 84) afirmando que:

“Assim como no século XIX o trem, o barco a vapor e o telégrafo intensificaram o trânsito de bens e das pessoas bem como a troca de informações, assim hoje em dia a tecnologia dos satélites, a navegação aérea e a comunicação digital criam novamente redes mais amplas e densas. “Rede” [Netzwerk] tornou-se uma palavra-chave, e tanto faz se se trata das vias de transporte para bens e pessoas, de correntes de mercadorias, capital e dinheiro, de transmissão e processamento eletrônicos de informações ou de circulações de pessoas, técnicas e natureza. Cadeias temporais comprovam as tendências globalizantes em muitas dimensões. O termo encontra igualmente aplicação na expansão intercontinental da telecomunicação, do turismo de massa ou da cultura de massa, bem como nos riscos transnacionais da técnica de ponta e do comércio de armas, nos efeitos

colaterais mundiais do ecossistema explorado ou no trabalho conjunto internacional de organizações governamentais e não governamentais”.

Todavia, a globalização tem imprimido uma legitimação do poder através de uma identidade imposta, padronizada e não-diferenciada como aponta Castells (2001, p. 25). Nesse quadro, os indivíduos têm buscado se organizar sob o manto de fatores de identidade individual ou coletiva e, a partir daí, imprimido uma nova significação à globalização. O poder dessa identidade tem despertado a cada dia e tem se contraposto a uma identidade, como se disse, padronizada, imposta e não-diferenciada. O ambiente propício para o florescimento dessa identidade é o multiculturalismo, que se avulta como antídoto ao nivelamento de uma cultura dita ocidental.

Castells, na série aqui já referenciada, tem se preocupado com a legitimação dessa identidade imposta pela globalização em descompasso com aquela voltada para preservação de valores e crenças de movimentos em defesa de governos locais, comunidades indígenas, mulheres, homossexuais, meio-ambiente, entre outros. Semelhante trabalho tem sido desenvolvido por Boaventura de Souza Santos⁵⁰.

O fato é que o poder dessa identidade vem sendo cultivado pelos novos atores como associações ou organismos não governamentais os mais variados, que da mesma forma que as redes criminosas, desviam o poder do eixo vetorial vertical para imprimir uma atuação em rede. Essa atuação tem ensejado um rompimento dos limites entre o direito constitucional, o direito internacional e as relações internacionais na medida em que desviado o poder do eixo vetorial vertical, com a atuação em rede dos novos agentes, a soberania, conquanto ainda haja

uma profunda assimetria em razão do poder econômico e do poder do próprio Estado, vê-se erigida em outras bases, quiçá legitimadas não pelo exercício de um poder hegemônico, mas pelo exercício de um poder em rede com maior participação da comunidade em defesa de interesses e valores.

É nesse contexto que a soberania tem que ser reexaminada e operada, porque, inequivocamente a presença e a atuação de novos atores no cenário internacional vem se erigindo a ponto de romper o monopólio estatal da criação a aplicação do direito e isso se percebe facilmente quando se depara com esferas “cada vez menos naturais e cada vez mais artificiais [normativas] e hetero-determinadas as condições econômicas, ambientais, tecnológicas, políticas e culturais do mundo em que vivemos.” (FERRAJOLI, 2002, pp. 51-52), como acontece com a ONU, a OTAN, a OMC, comissões de arbitragens, entre outros.

Isso significa dizer que da mesma forma que o direito vem sendo objeto de uma nova concepção para compreendê-lo como um sistema aberto, a soberania também passa a ser exercida num ambiente em rede onde a presença destes novos agentes, muitos dos quais não-governamentais, destilam um feixe de relações de inter-referências a ponto de ensejar a hetero-produtividade normativa do sistema.

Nesse ambiente, ou seja, na ordem internacional caracterizada, sem dúvida, por uma interação dos elementos componentes do sistema (antes dominado pela atuação absolutamente soberana dos Estados nacionais), a soberania apresenta-se compartilhada, sem que isso represente o seu desaparecimento e, via de consequência, do modelo de Estado amparado

⁵⁰ Consultar a série “Reinventar a Emancipação Social para novos Manifestos”, sobretudo o 3º volume intitulado “Reconhecer para Libertar. Os caminhos do Cosmopolitismo Multicultural” editado pela Civilização Brasileira,

nela sob a forma absoluta, que se projeta sob novo paradigma. Trata-se, enfim, “de uma limitação efetiva da soberania dos Estados por meio da introdução de garantias jurisdicionais contra violações da paz, externamente, e dos direitos humanos, internamente”, como assevera Ferrajoli (2002, p. 54).

É nesse espaço que surge uma nova constelação: a imprimida pela jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional – TPI, produto da atuação inter-referente da soberania, criando um sistema normativo garantidor totalmente hetero-produtivo, vale dizer, um sistema normativo criado em decorrência exclusivamente do compartilhamento da soberania de cada Estado, que ao invés de a amesquinhar, a efetiva na medida que expunge a antinomia porque o direito que a limita é por ela produzido, na exata medida em que o Estado participa do tratado que criou o novo agente e o novo direito, bem como, igualmente, participa de sua aplicação.

7.3 Conformação do novo sistema normativo de garantia com o sistema interno brasileiro: O Tribunal Penal Internacional e a Constituição. O princípio da Complementaridade

Impende assentar que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 112, de 06.6.2002, ratificado em 14.06.2002, e incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto nº 4.388, publicado em 26.9.2002. Antes da incorporação e ainda hoje, após ela, muito se discute sobre a compatibilidade do Estatuto com o direito interno, não faltando vozes pela sua inconstitucionalidade, seja em razão da previsão de entrega de nacionais para serem submetidos à jurisdição da Corte, seja em decorrência da adoção de pena de caráter perpétuo, seja porque expunge foros privilegiados de agentes políticos, ou ainda em face da imprescritibilidade dos crimes.

Primeiramente, é preciso afastar a idéia de que a incorporação do tratado implica uma intervenção indevida na soberania brasileira como muitos ainda sustentam. Com efeito, o abandono da concepção clássica de soberania (*suprema potestas superiorem non recognoscens*) para concebê-la como uma qualidade do poder do Estado alçada em relações de inter-referências partindo do sistema jurídico para o sistema social, político e econômico, permite, sem dúvida, como nesta dissertação se demonstrou, afastando a aporia entre soberania e direito, divisar o Tribunal Penal Internacional, criado pela atuação inter-referente da soberania, como um sistema normativo garantidor hetero-produtivo dentro de uma visão *alopoiética* do Direito, que expunge a exclusividade do Estado na criação e aplicação normativa.

O abandono do dogma da soberania absoluta para enfrentá-la sob esse novo paradigma em face das transformações por que passa a comunidade internacional, sobretudo do fenômeno da globalização, permite, como se viu, a criação e existência de sistemas normativos garantidores aos quais o Estado se submete ao escopo de cooperar para a definição de certas condições sejam econômicas, ambientais, tecnológicas, políticas, jurídicas e culturais, tudo em defesa de assegurar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro não é o afã do Tribunal Penal Internacional como sistema normativo penal internacional senão atuar com o propósito de “ampliar, fortalecer a proteção dos direitos humanos, adotando sempre, como lógica e princípio, a primazia da pessoa humana, ou seja, é dessa maneira que esse todo normativo forma essa unidade de sentido, e é dessa maneira que esse todo interage com o Direito brasileiro. O impacto sobre o Direito brasileiro há de ser esse, uma garantia a mais.” (PIOVESAN, 2000, p. 71).

Com efeito, é preciso se ter presente que a dignidade da pessoa humana foi alçada a fundamento do Estado pela Constituição brasileira (art. 1º, III). Além do mais, o art. 7º do ADCT da Carta Política de 1988 proclama que “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Mais ainda, o § 2º do art. 5º da Carta prescreve que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Ora, é esse contexto normativo que vai imprimir fundamento de validade ao Estatuto de Roma.⁵¹

Numa primeira análise, portanto, se o objetivo do Estatuto volta-se para imprimir efetividade à dignidade da pessoa humana reprimindo violações que constituem crimes graves contra a humanidade, preservando, com isso a vivência dos direitos humanos, não há dúvida de que está em perfeita consonância com Carta Política.

Ademais, a soberania em nada resta arranhada quando se percebe que o Estatuto do Tribunal Penal Internacional adotou o princípio da complementaridade, vale dizer, sua jurisdição é complementar à jurisdição penal nacional (artigo 1º).

⁵¹ Esta dissertação, como já se registrou, foi concluída antes do advento da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou ao art. 5º da Constituição o § 4º assim vazado: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Primeiro, chama-se a atenção para a precariedade da proposição normativa. Ora, à parte da dispensabilidade da norma, como adiante se demonstrará neste estudo, o certo é que se encontra mal vazada. Deveras, o Brasil nunca manifestou, nem nunca vai manifestar adesão ao TPI. Na verdade, o Brasil participou da celebração do Tratado de Roma, que criou o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, que foi submetido ao Congresso Nacional e aprovado pelo Decreto Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, e promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, encontrando-se, portanto, incorporado ao sistema jurídico pátrio. Adesão ocorreria se o Brasil não houvesse participado da celebração do tratado. Em segundo plano, tem-se que não tendo o Estatuto de Roma sido aprovado com observância das limitações procedimentais estabelecidas para o exercício do poder constituinte derivado – como agora exige o acrescido § 3º ao art. 5º da Carta – não se encontraria integrado ao sistema jurídico pátrio como norma constitucional, mas apenas como lei ordinária, o que afastaria o conflito das disposições do Estatuto do TPI com a Constituição, pela supremacia formal, que restou mais ainda evidenciada com o parágrafo acrescido. Esta, todavia, não é a interpretação que deve prevalecer (ver nota de rodapé nº 56, *infra*).

Deveras, a complementaridade da jurisdição do Tribunal Penal Internacional fica facilmente percebível quando se vê no artigo 17 que a admissibilidade do processo fica condicionada: 1º) a falta de vontade de o Estado levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou não tenha capacidade de fazê-lo; e 2º) a decisão do Estado de não dar seguimento ao procedimento criminal.

Note-se que o Estatuto estabelece as circunstâncias em que se poderá concluir se há ou não vontade do Estado agir em determinado caso. São elas: o propósito revelado de instaurar processo para subtrair a jurisdição do Tribunal Penal Internacional de pessoa que se apresente como responsável por crimes de sua competência; a demora injustificada no procedimento permitindo a conclusão de que se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa perante a justiça; e o processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial.

A complementaridade da jurisdição, portanto, se projeta dentro do campo da cooperação. Em decorrência dela, sem dúvida, “o TPI poderá, a longo prazo, dar sua mais importante contribuição, ao incentivar os Estados a dotar seus sistemas judiciais dos instrumentos normativos e processuais capazes de aplicar a justiça de forma eficaz e equânime, nos casos dos crimes previstos no Estatuto.” (SABOIA, 2000, p. 7).

Assim, divisa-se que a jurisdição do Estado não está sendo suprimida pela jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Contrariamente, é preciso se ter em mente que o Estado está no exercício de sua soberania compartilhando-a com outros Estados, submetendo-se à jurisdição complementar, no caso brasileiro porque assim sua Constituição quis (arts. 7º - ADCT; 1º, III, 4º, II, VI, VIII e IX; e 5º, § 2º).

Nessa conformidade, sob a ótica dos pressupostos teóricos deduzidos neste trabalho, a conclusão que de plano se impõe é admitir, desde logo, a completa integração do Estatuto ao direito pátrio, na exata medida em que o sistema jurídico brasileiro, numa concepção alopoiética, abre-se para inter-referências supranacionais por ele próprio concebidas, mercê de utilização de uma nova concepção de soberania, necessariamente também produto de inter-referências. O resultado disso, é a criação de um sistema de garantia internacional hetero-produtivo, porque produto da cooperação de várias soberanias, voltado para tutela da dignidade da pessoa humana. Assim concebido, significando expressão da soberania brasileira, não há espaço para conceber-se conflitos com a normatividade interna na exata medida em que essa cede espaço para o tratamento impingido pelo Estatuto num âmbito de complementaridade inter-referente.

Esse raciocínio permite concluir pela integração da imprescritibilidade de determinados tipos penais, da pena de caráter perpétuo também especificamente em relação a eles, da entrega até de nacionais e da supressão de foros privilegiados, sem que, com isso, tenha-se que cogitar de qualquer lesão à Constituição, na exata medida em que, concebida como sistema aberto de normas e princípios, numa visão própria da *alopoiese* jurídica, abre-se para recepção e conformação com um direito inter-referente por ela própria concebido.

Assim, o sistema hetero-produtivo que revela o Tribunal Penal Internacional – TPI – encontra validade numa concepção principiológica da Constituição, como se viu, em defesa de princípios voltados para ensejar a plenificação dos direitos inerentes a personalidade humana. Isso afastaria, em relação ao sistema normativo do Tribunal Penal Internacional – TPI –, a incidência dos comandos normativos da Carta que repudiam a extradição de nacionais, a pena de

caráter perpétuo, a imprescritibilidade de crimes e estabelecem imunidades e prerrogativas de foro.

No entanto, é forçoso reconhecer que vivemos ainda sob o império de direito escrito. “Como operadores do direito, acabamos criando o hábito de buscar respostas nas normas, muito mais do que nos valores que lhes dão sustentação.” (STEINER, 2000, p. 36). Daí as dificuldades enfrentadas por muitos juristas de conceber a recepção do Estatuto por uma via principiológica, o que afastaria a incidência de regras específicas expressas, ainda que constitucionais, porque, sem dúvida, os princípios, em razão de sua natureza, gozam de maior densidade normativa de que regras específicas, porquanto estas voltadas para aspectos particulares e aqueles, enquanto informativos do sistema, pairam como causa constitucional justa e apta a guarnecer qualquer norma que se volte a lhe imprimir eficácia, possuindo, portanto, o condão, em razão da maior densidade que ostentam, de afastar em situações específicas, a incidência de normas de menor densidade, quando tal situação se volta para imprimir-lhes conteúdo material.

Dentro desta compreensão, no âmbito do denominado pós-positivismo, a normatividade dos princípios e das regras foi muito bem decantada por Barroso (2001, p. 26):

“Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (“*all or nothing*”). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Por exemplo: a cláusula constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória por idade é uma regra. Quando o servidor completa setenta anos, deve passar à inatividade, sem que a aplicação do preceito comporte maior especulação. O mesmo se passa com a norma constitucional que prevê que a criação de uma autarquia depende de lei específica. O comando é objetivo e não dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*.

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso, a sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*.”

Assim, não se trata de uma relação de contraposição (Constituição x Estatuto de Roma), mas de inter-referência, de adequação, onde a aporia entre soberania e direito cede espaço para que, mediante ponderação de valores e interesses, possa-se aferir a densidade dos princípios que envolvem a colisão e permita ao intérprete uma solução que, segundo Barroso (2001, p. 27) não desconsidere cada princípio, mas imprima maior densidade àquele que em maior grau expresse o ideário da Constituição⁵².

Sob os auspícios deste entendimento não se avulta necessária qualquer modificação escrita na Carta para ensejar a recepção e conformação do Tribunal Penal Internacional. Palmilhando pelo outro caminho, todavia, tem-se defendido reforma constitucional para guarnecer cada hipótese do avultado dissenso entre o Estatuto e a Carta.

Os chamados núcleos de conflitos entre a normatividade do sistema garantidor internacional e o direito brasileiro residem na prisão perpétua, imprescritibilidade de crimes, entrega de nacionais e imunidades e prerrogativas de foro de agentes políticos.

⁵² Sobre o tema Luís Roberto Barroso indica o pensamento de Robert Alexy exposto em palestra proferida na fundação Casa de Rui Barbosa, no Rio de Janeiro, em 11.12.98, intitulada “Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais”.

De fato, o Estatuto prescreve: a pena perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem (artigo 77, 1.*b*); a imprescritibilidade dos crimes submetido à competência do Tribunal (artigo 29); a possibilidade de entrega de pessoas ao Tribunal (artigo 89); e que as imunidades ou normas de procedimentos especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa (artigo 27, 2).

Por outro lado, a Constituição brasileira proclama: que não haverá pena de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, *b*); que são imprescritíveis a prática de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLII e XLIV); que nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei, não sendo admitida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (art. 5º, LI e LII); e em vários dispositivos a prerrogativa de foro em razão da função, bem como a imunidade de determinados agentes, como os parlamentares, conforme prescreve os arts. 53, 102, I, *b* e *c*, entre outros.

Primeiramente, tenha-se presente que os critérios tradicionais para solução de conflitos de normas não se avultam adequados para solucionar colisão principiológica. Com efeito, não se pode conceber uma solução simplista amparada no princípio da hierarquia para entender que os tratados tradicionalmente são incorporados ao direito pátrio com força de lei ordinária em total desprestígio ao comando emergente do § 2º do art. 5º da Constituição. Também não se pode admitir que a validade do Estatuto fique condicionada, no cotejo com a

Carta, pela incidência do critério da especialidade, segundo o qual a norma especial afasta a incidência da norma geral, e enfim, muito menos, pela aplicação do critério cronológico (a lei posterior revoga a anterior). Tais critérios, de fácil e corriqueira aplicação ao conflito de leis, não conduzem a lugar seguro para solução dos conflitos de normas constitucionais, sobretudo as principiológicas, que devem ser, isso sim, ponderadas (BARROSO, 2001, p. 27).

Em sua Constituição, o Estado brasileiro fez uma opção ideológica pela dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, 4º, II, VI, VIII e IX; e 5º, § 2º), não hesitando, neste desiderato, de se submeter a um tribunal internacional de direitos humanos (ADCT: art. 7º), expressão máxima deste ideário.⁵³

Resulta, desde aí, que a aporia entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da soberania, ambos alçados a fundamentos do Estado (art. 1º, I e III), há de ser solucionada pelo intérprete da Carta, mercê de ponderação principiológica, tomando-se o cuidado de eleger interpretações que sufraguem a densidade normativa dos princípios diante das regras estabelecidas na Carta. Não pode é o conflito ser solucionado à base de simples subsunção emprestando força de *tudo ou nada* a princípios, como se regras fossem. Esse, é bem verdade, é um trabalho difícil para quem ainda caminha sob os trilhos da dogmática jurídica tradicional. Não o é, todavia, para quem se deu conta de que direito não é exclusivamente norma jurídica expressa e que os princípios são dotados de maior densidade em relação as regras.

Assim, se o sistema normativo internacional de garantia erigido pela vontade do Estado brasileiro, que tem como ideário a dignidade da pessoa humana, estabelece a prisão de

⁵³ Hoje, é certo, a submissão decorre também expressamente do comando vazado no § 4º do art. 5º da Constituição acrescido pela Emenda Constitucional nº 45.

caráter perpétuo se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem, essa regra teria a mesma densidade daquela outra adotada pela Carta que defenestra a pena de caráter perpétuo. Uma e outra são regras. E como tal devem ser aplicadas voltadas para a satisfação material do ideário da Carta, que não é outro senão assegurar a dignidade da pessoa humana no Brasil e alhures. Então, não se trata de afirmar que o comando do art. 5º, XLVII, *b*, estaria derogado pelo artigo 77, 1.*b*, do Estatuto, o que encontraria óbice na soberania, como fundamento do Estado (aplicação dos critérios cronológicos e da especialização para solução de conflitos normativos). Trata-se, isso sim, de, à base de ponderação principiológica, verificar a adequabilidade da norma do sistema garantidor internacional à ordem interna.

Com efeito, o trabalho do intérprete, para solucionar o conflito de princípios, deve levar em conta, nesta hipótese, o ideário maior que impregna toda a Carta e que ditou a vontade do Estado brasileiro de ser co-partícipe, cooperar e se submeter a um sistema internacional garantidor dos direitos humanos e isso, inquestionavelmente, expressa a vontade soberana que, ao invés de se enfraquecer, fortalece-se, porque a Constituição está sendo cumprida. Daí porque não posso, de minha parte, concordar com a conclusão de Cernicchiaro (2000, p. 38) vazada no sentido de que “(...) ao aceitar o Estatuto, o Brasil, sem dúvida, por via oblíqua, está renunciando à própria soberania. É certo que no momento em que a política entra na sala, o Direito sai pela janela. Por razões de política internacional, poderá o Brasil querer subscrever sem reserva esse Estatuto. Estará, ao meu aviso, afrontando a nossa Constituição.”

O mesmo caminho poderá ser palmilhado para se alcançar a adequação das regras do Estatuto referentes a imprescritibilidade de crimes, entrega de nacionais e imunidades e prerrogativas de foro de agentes políticos, em face das correspondentes regras insculpidas na

Carta. É dizer, em outras palavras, a adequabilidade volta-se para imprimir maior densidade normativa ao princípio da dignidade da pessoa humana no conflito com o princípio da soberania, e assim o é porque a Constituição, que expressa a soberania popular, o quis.

Nesse sentido, com certeza porque atento a ponderação principiológica que imprime o norte de adequabilidade de tais regras, conquanto sem adentrar nos suportes jus-filosóficos ora traçados, Bahia (2003, p. 100), em relação à imprescritibilidade de crimes, registra:

“Dever-se considerar que a previsão restrita quanto à imprescritibilidade não pode significar que este rol não possa ser alargado, seja por lei ordinária seja por tratado internacional, pois tanto garante os direitos fundamentais individuais a previsão de prescritibilidade (em relação ao autor do delito) quanto a de imprescritibilidade (em relação à vítima e à sociedade)

A figuração de imprescritibilidade apenas para os crimes de racismo e os relativos à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático, parece significar apenas mais uma daquelas normas formalmente constitucionais mas que materialmente não são.”

Já sobre a entrega de nacionais, é preciso ter em mente a distinção que comporta ser feita em relação à extradição. Deveras, Aquela, em momento algum macula a soberania brasileira, quando se concebe o Tribunal Penal Internacional como produto da inter-referência da soberania de estados distintos, portanto, um sistema normativo hetero-produtivo, para o qual o Brasil concorreu. Coisa diversa é a entrega de nacionais para se submeterem a um sistema legitimado a partir de inter-referências alheias a vontade soberana brasileira, cuja produção e aplicação normativas não se erigem sob a concorrência da soberania brasileira. Daí a precisa colocação de Resek (2000, p. 67):

“...Parece-me óbvio a distinção entre a entrega de um nacional a uma jurisdição internacional, da qual o Brasil faz parte, e a entrega de um nacional – esta sim

proibida pela Constituição – a um tribunal estrangeiro, que exerce sua autoridade sob um outro pavilhão que não o nosso, e não, portanto, a uma jurisdição de cuja construção participamos, e que é produto de nossa vontade, conjugada com a outras nações.”

Aí reside, inquestionavelmente, a causa constitucional justa, que adjuntada à ponderação de valores em defesa do princípio humanitário, impõe adequabilidade a entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional – TPI. Nessa mesma linha de entendimento registra Cachapuz (2000, p. 14) que é “Importante sublinhar que o *Tribunal Penal Internacional não será uma jurisdição estrangeira, mas uma jurisdição internacional, de cuja construção o Brasil participa, e terá, portanto, um vínculo mais estreito com a Justiça nacional.*” (destaques no original).

No mais, quanto ao rompimento do regime de imunidades e prerrogativas de foro, pontifica Rezek (2000, p. 66):

“A ideologia do Tribunal Penal Internacional tem a ver com a idéia de evitar a impunidade mais grosseira e chocante de todas as possíveis: a impunidade de crimes que se cometem contra direitos humanos elementares; contra a paz dos povos; contra nações; contra comunidades raciais; ou por algum outro móvel reunidas. Essa ideologia leva em consideração a circunstância particular de que esses crimes, em larga medida, são cometidos à sombra da autoridade do Estado, ao benefício temporário da função pública, às vezes no mais alto nível.”

Divisa-se, portanto, a causa justa que coloca luz no caminho que conduz à compatibilidade da exclusão das imunidades e prerrogativas de foro por exercício de função. Crimes de guerra, contra a humanidade, genocídio, agressão constituem, segundo Cachapuz (2000, p. 15), delitos quase sempre praticados à sombra de autoridades que segundo o ordenamento jurídico de seus países desfrutam de prerrogativa de foro ou de imunidades.

Afirmando a jurisdição dos juizes espanhóis para o julgamento de Pinochet, Brotóns (1999, p. 43) afirma que *“Los atores de crímenes contra la humanidad están sujetos a jurisdicción universal, incluídos los ex jefes de Estados. El principio no es nuevo, aunque haya sido el “caso Pinochet” el que ha confirmado su existencia”*.

Decorre, desde aí, a necessidade de uma Corte Penal Internacional a fim de que efetivamente os responsáveis por graves violações ao princípio dignitário sejam submetidos à sua jurisdição, afastando os possíveis conflitos gerados pela pretensão de vários Estado, inclusive o patrial, este sequioso de manter o agente sob o âmbito de validade de sua ordem jurídica, quiçá no afã de garantir impunidade.

A preocupação, em defesa do princípio humanitário, volta-se, aqui, contra a impunidade dos agentes políticos que têm em suas mãos o poder de agir, atuar e contrariamente assumem condutas omissivas ou positivas violadoras da dignidade humana.

Outros vários motivos podem ser somados à guisa de guarnecer adequabilidade do Estatuto à Constituição. Muitos no plano da subsunção, como por exemplo, demonstrar que a prisão perpétua é compatível com a Constituição porque esta admite pena mais grave, como a de morte como exceção (art. 5º, XLVII), o que validaria as disposições do Código Penal Militar sobre a pena de morte (Decreto-lei nº 1.001/69: arts. 55 a 67). Esse raciocínio, conquanto válido, revela inequívoca subsunção de regras (legal para constitucional), e poderia facilmente ser desmontado num caso em concreto, quando as circunstâncias revelassem que determinado homicídio, mesmo em guerra, avultasse lesivo ao princípio da dignidade da pessoa humana pelo emprego de meios cruéis, tortura, etc. Aí, sem dúvida, o caminho seria recorrer à ponderação de

valores e eleger o princípio constitucional em detrimento da regra, o que conduziria, em última análise, ao caminho aqui palmilhado.

Todavia, como já se afirmou, a idéia de que o direito se resume a norma escrita ainda prepondera. Nesse sentido, já se registram tentativas de solucionar a questão sob o veio dogmático. Para tanto, tem-se cogitado de emenda à Constituição.⁵⁴ Com efeito, a Proposta de Emenda à Constituição nº 203, de 2.000, já arquivada, propunha a inserção do § 3º ao art. 5º da Carta, com a seguinte redação:

“§ 3º - A República Federativa do Brasil poderá reconhecer a jurisdição do Tribunal Penal Internacional nas condições previstas no Estatuto aprovado em Roma no dia 17 de julho de 1998.”

Não se olvide que outras tentativas virão até que a Constituição será efetivamente modificada para adequar expressamente os falsos núcleos de dissenso apontados. A pergunta que se impõe é a seguinte: será mesmo necessário a reforma constitucional? A resposta, na esteira da linha desenvolvida nesta dissertação, obviamente é não. Todavia, como decidirá a Suprema Corte brasileira quando, à ausência de adequabilidade expressa, tiver que decidir a entrega de um nacional à jurisdição do Tribunal Penal Internacional?

Isso faz lembrar mais uma vez o pensamento de Luhmann, sempre preocupado com o sentido de uma análise sociológica do Direito. Desta feita, propõe a seguinte questão:

“Um rico beduíno estabeleceu a sucessão por testamento a seus três filhos. A partilha foi estabelecida em torno de seus camelos. O filho mais velho, Achmed, deveria receber a metade. O segundo filho, Ali, ficaria com um quarto do previsto. O filho mais novo, Benjamin, teria apenas um sexto. Essa disposição [a princípio] parece [resultar] numa divisão desigual., arbitrária e injusta. [Porém,]

⁵⁴ O viés da dogmática clássica triunfou e a Emenda Constitucional nº 45 veiculou expressamente a submissão do Estado brasileiro à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

ela corresponde mais exatamente ao valor proporcional dos filhos sob a perspectiva histórica de perpetuação do clã, e esta corresponde precisamente à alegria do pai com o nascimento de cada um deles: o segundo filho seria privilegiado somente no caso de o primeiro morrer sem deixar descendente varão etc. Daí a proporção de diminuição das partes.

Entretanto, e devido a imprevistos, o número [total] de camelos foi reduzido consideravelmente antes da morte do pai. [Assim], quando ele morreu, restavam apenas onze camelos. Como deveriam dividir? Ali [sic!]⁵⁵ reivindicou sob protesto, seu privilégio de filho mais velho, ou seja, seus seis [camelos]. Porém, isto seria mais que a metade. Os outros [por isso] protestaram. O conflito foi levado ao juiz, o qual fez a seguinte oferta: eu ponho um camelo meu à vossa disposição, e vocês restituir-me-ão, se Alá quiser, o mais rápido possível. Com doze camelos a divisão ficou simples. Achmed recebeu a metade, quer dizer, seis. Ali recebeu seu quarto, ou seja, três. Benjamin não foi prejudicado recebendo seu sexto, ou seja, dois. Assim os onze camelos foram divididos e o décimo segundo pôde ser devolvido.” (LUHMANN, 2004, pp. 33 –34).

O que indaga Luhmann é se o décimo segundo camelo seria necessário.

Segundo ele a divisão confirma, como operação do sistema, a indivisibilidade do mesmo. Isso conduziria ao raciocínio de que o camelo desempenha uma função simbólica que expressa uma ‘mais valia’ para o sistema: existe sem existir! Ele (o camelo) tornou possível a operação de divisão, cujo resultado se processaria igualmente sem sua presença física.

O décimo segundo camelo, nessa conformidade, revela o fechamento operacional e, ao mesmo tempo, por mais paradoxal que possa parecer, a abertura do sistema jurídico, na exata medida em que ao operacionalizar sem que ele tenha sido nele introduzido, há necessariamente dele ser considerado como um elemento externo, uma referência, do mesmo modo que, admitir-se que sem o camelo o sistema não funciona, a clausura organizacional imporia, nesta vertente, a sua inserção, sob pena do sistema não ser operacionalizado.

⁵⁵ O tradutor alerta para o fato de que Luhmann fez uma pequena confusão, uma vez que o filho mais velho é Achmed e não Ali.

Deveras, não seria a emenda constitucional cogitada o décimo segundo camelo?⁵⁶ Inquestionavelmente há espaço para operacionalização do sistema jurídico brasileiro sem a emenda constitucional pretendida desde que o direito e a soberania sejam operados sob os novos paradigmas aqui enfrentados. Com efeito, considerar a constituição como um sistema de normas e princípios aberto a inter-referência permite, como se viu, compatibilizar o Estatuto do Tribunal Penal Internacional com a Carta .

Enfim, é preciso se ter presente que “Existe uma estratégia da paz, não só da guerra (...)” (CHACON, 2002, p. 76). O Tribunal Penal Internacional se tornará, sem dúvida, um caminho propício ao declarado escopo.

⁵⁶ A pergunta agora deve ser a seguinte: Não seria a disposição vazada no § 4º do art. 5º da Constituição tal qual introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, o décimo segundo camelo? Na verdade, ao invés de imprimir uma maior abertura cognitiva ao sistema, o § 4º acrescido, ao escopo de ensejar seu fechamento operacional, redundou, isso sim, por deflagrar um fechamento cognitivo que, definitivamente, não imprime maior fundamentabilidade aos direitos humanos, na medida em que a integração do Estatuto de Roma à Constituição, como tratado que versa sobre direitos humanos, decorria de abertura cognitiva a partir do acoplamento estrutural vazado no § 2º do art. 5º. A irradiação dos efeitos do § 3º, que exige a integração com respeito às limitações procedimentais para edição de Emenda à Constituição, não pode se erigir de modo a atingir o Estatuto de Roma, igualmente outros tratados de direitos humanos como o Pacto de São José da Costa Rica, pois já integrados sem a restrição imposta pelo fechamento operacional que evidentemente destila efeito para o futuro. Demais disso, já se instaura, nesse momento, o debate sobre a inconstitucionalidade do § 3º acrescido, na exata medida em que, como norma de fechamento – impedindo a abertura cognitiva antes existente – redundou por restringir direitos e garantias, atingindo, dessa forma, o núcleo material irredutível do Estado (art. 60, § 4º, IV, da Carta).

CONCLUSÃO

O que se pretendeu com as incursões deduzidas neste estudo foi demonstrar que o sistema jurídico tem se expandido em relações de inter-referência, revelando-se cada dia mais aberto para a compreensão de que direito não é exclusivamente norma expressa.

Essa expansão, no campo das relações internacionais, tem conduzido a um rompimento de “linha de fraturas” entre o Direito Constitucional, o Direito Internacional e as Relações Internacionais a ponto de, rompendo-se com antigos paradigmas, divisar-se novas concepções de direito e de soberania.

Essa tem sido a tônica da questão na agenda do novo milênio, quando se vê que é sob o veio da democracia, com a expansão do poder ascendente, seja internamente em detrimento de governos centralizadores, burocráticos e tecnocratas, seja no âmbito externo, para permitir uma participação maior do local, do regional, à guisa de ensejar uma maior integração multicivilizacional, que se divisam meios para fazer face ao poder hegemônico.

A contribuição deste estudo voltou, como se viu, para guarnecer procedimentos extradogmáticos, mercê de uma visão mais ampla do fenômeno jurídico e da própria soberania divisados em face da *alopoiese* jurídica. Não objetivou um estudo do *ius cogens*, da paradiplomacia ou do Tribunal Penal Internacional, temas que, sem dúvida, podem constituir, per si, objeto de uma dissertação. A análise em redor deles ficou delimitada à compreensão

necessária para validá-los sob uma perspectiva extradogmática a partir de novos paradigmas nos conceitos de direito e de soberania.

A concepção do direito como um sistema aberto, inter-referente e hetero-produtivo permite que nele se albergue procedimentos extradogmáticos como a fundamentabilidade dos direitos humanos em nível de ordenação *ius cogens* ou, quando menos, em nível de norma constitucional; a paradiplomacia - irrompimento de relações internacionais por governos locais (não-centrais); o cumprimento direto – sem carta rogatória – entre Estados fronteiriços – espécie de paradiplomacia judiciária; e a incorporação ao sistema jurídico pátrio do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Deveras, a compreensão de um sistema jurídico aberto permite a recepção direta no direito brasileiro, em nível de norma constitucional, dos tratados que consagrem direitos humanos, em decorrência dos preceitos vazados nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição, que admitindo a integração inter-referente e hetero-produtiva do sistema constitucional, acolhe essas normas como normas materialmente constitucionais, porque definidoras de direito, conquanto não formalmente constitucionais.⁵⁷

A integração e a conseqüente hetero-produção do sistema constitucional a partir dos tratados que versem sobre direitos humanos decorre da essencialidade de tais direitos à existência de condições de vida digna revelando, desde aí, o caráter *ius cogens* de tais normas,

⁵⁷ Com o preceito vazado no § 3º do art. 5º acrescido pela Emenda Constitucional nº 45 divisa-se o fechamento operacional do sistema, que perdeu sua abertura cognitiva. Todavia, os efeitos deflagrados pela nova norma expressa apenas pode atingir outros tratados que vierem a ser celebrados pelo Brasil, não possuindo o condão de irradiar efeitos pretéritos em relação a tratados de direitos humanos que já haviam se integrado à Constituição em decorrência da abertura cognitiva vazada no § 2º do art. 5º, cuja disposição colide com a norma de fechamento, que se avulta, com isso, inconstitucional na medida em que restringe direitos e garantias (art. 60, § 4º, IV, da Carta).

que passam, com isso, a assumir hegemonia diante das normas internas em face do caráter imperativo, vinculatório, obrigatório, cogente e apto a vincular o processo de criação e aplicação normativa do Estado.

Como corolário, normas constitucionais que tais revogam ou derrogam as normas constitucionais anteriores desde que voltadas para satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana, sem que se divise, aí, qualquer menoscabo à soberania do *Estado-povo*; já porque os preceitos vazados naqueles comandos constitucionais expressam a vontade popular que, em suma, é a que deve estar plasmada na opção e decisão jurídico-política a fim de que o direito posto, ainda que positivado e mercê de norma particular como a decisão judicial, seja realmente legítimo e, portanto, democrático; já porque, não se pode olvidar, de acordo com a Constituição, a soberania é tão fundamento do Estado brasileiro quanto a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e III) e o exercício daquela qualidade do poder do Estado apenas terá sentido em função da satisfação deste postulado básico da vida.

De outra parte, a tendência centralizadora, burocrática e tecnocrata do poder tem afastado cada vez mais o povo de participar das tomadas de decisão, o que constitui um viés completamente em descompasso com o ideário democrático. A partir daí, o desenvolvimento pelos governos não-centrais de atividades paradiplomáticas, que vão desde viagem e visitas oficiais, promoções no exterior em feiras e outros eventos, até a celebração de tratados, seja institucionalizada, vale dizer, com autorização expressa em texto constitucional, seja não institucionalizada, quando se resente de previsão normativa expressa, tem se revelado fenômeno em expansão.

A paradiplomacia não institucionalizada configura procedimento extradogmático legítimo, quando o ente federado regional ou local atua no âmbito das relações internacionais nos exatos limites da competência material que lhe confere a constituição. Essa atuação se erige em amparo ao princípio da subsidiariedade, que exige numa federação uma maior participação da comunidade e dos governos locais no processo de decisão, indo ao encontro da moderna concepção democrática com preocupação voltada para o fenômeno da expansão ascendente do poder, em detrimento do tecnicismo burocratizante e centralizador dos governos centrais.

Para tanto, “o importante é compreender que a gestão das cidades (*ou regiões*) ou a universalização dos direitos civis através do poder local, não podem estar desligados da forma como se articulam o corpo social que intervém efetivamente no cotidiano das cidades. Isso implica entender que é na mediação da sociedade civil que se exprime, sem dúvida, o papel principal das instituições locais. A materialização desta mediação é que pode levar o local a desempenhar funções estratégicas na integração das demandas sociais, na redistribuição dos serviços e recursos e na construção de uma esfera pública ampliada que implique em maior participação, controle social e parcerias com diferentes agentes públicos e privados.”⁵⁸

No Brasil, a paradiplomacia não institucionalizada encontra conformidade jurídica quando se considera a Constituição, sob o prisma da *alopoiese jurídica*, como um sistema aberto de normas e princípios, de modo a admitir que tais procedimentos se comportam na concepção principiológica da federação (princípio do federalismo, princípio unitário e

⁵⁸ Conforme SOARES, Arlindo José. Tendências Inovadoras na Gestão das Grandes Cidades Brasileiras. in <http://www.google.com.br/search?q=cache:2CTIjjeMLEJ:www.fundaj.gov.br/docs/eg/semi7.rtf+tasso+genro&ie=UTF-8>, 05.7.03, p. 6.

princípio da subsidiariedade), não se avultando a necessidade de reforma constitucional ou de disciplinamento infraconstitucional para imprimir legitimidade ao fenômeno, a não ser que se conceba o direito como um sistema auto-produtivo e auto-referente, reduzido à norma escrita, a ponto de não se admitir a existência de princípios implícitos e decorrentes de outros princípios, até mesmo de natureza constitucional.

Enfim, não se deve perder de vista que a expansão da atividade paradiplomática desenvolvida por Estados e Municípios está em sintonia com a moderna tendência globalizante, que irrompe o cruzamento da “linha de fratura” entre o Direito Constitucional, o Direito Internacional e as Relações Internacionais, exigindo uma completa integração em benefício da eficácia do chamado *ius cogens*, concebido como um conjunto de normas supraconstitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana.

Nessa contextura, divisa-se, também, a eclosão de relações internacionais mantidas entre órgãos jurisdicionais locais, sobretudo fronteiriços, com objetivo voltado para uma rápida prestação da tutela jurisdicional, notadamente em matérias da agenda mundial, como o combate ao narcotráfico e a proteção do meio-ambiente, que se torna incompatível com os demorados procedimentos homologatórios a cargo dos órgãos judiciários centrais, entre nós previstos para deferir-se eficácia à sentença estrangeira ou para se permitir a prática de atos processuais rogados pela justiça estrangeira.

A partir daí, avultam-se contatos entre juízes fronteiriços, que começam a deflagrar procedimentos, na verdade extradogmáticos, como a proposição de cumprimento direto – sem carta rogatória – entre Estados lindeiros, afastando a atuação da chancelaria oficial na

intermediação das relações internacionais entre órgãos judiciários centrais, naquilo que se poderia denominar “paradiplomacia judiciária”.

Nessa linha, o Protocolo de Las Leñas trouxe um avanço, ainda que tímido, para permitir que as sentenças ou os atos judiciais a ela equiparados, como a decisão interlocutória com o trânsito em julgado, gozem de eficácia extraterritorial nos Estados do Mercosul, estabelecendo que o cumprimento ocorre por meio de carta rogatória, o que afasta no sistema jurídico pátrio, o prolongado procedimento da homologação. Entretanto, em razão de disposição expressa da convenção (art. 19), a tramitação da rogatória se processará por intermédio da autoridade judiciária central, inibindo, com isso, o cumprimento direto pelos órgãos judiciários locais, o que representaria, isto sim, um sensível avanço.

O desenvolvimento do Direito Internacional, do Direito Constitucional e das Relações Internacionais sob as novas perspectivas traçadas neste estudo conduzirá, sem dúvida, a progressos na esfera das relações paradiplomáticas enfocadas, talvez conduzindo-as, no Brasil, para o campo da institucionalização. Se for este o caminho, ou mesmo permanecendo a atividade paradiplomática sob a forma não institucionalizada, o importante é que não se desvie do viés que a justifica, que não é outro, em última análise, senão abrir outras vias, em espaço maior, para a fundamentabilidade dos direitos humanos em benefício da dignidade da pessoa humana.

Enfim, ainda em decorrência da *alopoiese jurídica*, a soberania pode ser erigida sob novo paradigma. Com efeito, neste matiz, a soberania pode ser concebida como qualidade do poder do Estado entrelaçada em relações de inter-referências partindo do sistema jurídico para o sistema social, político e econômico. Esta acepção permite a configuração do exercício do poder em rede a partir da integração de novos agentes (inclusive não-governamentais) no processo

decisório a ponto mesmo de quebrar o monopólio do Estado na criação e aplicação normativas na medida em que tem ensejado o aparecimento de novas instâncias produtoras de direito, suprimindo a ausência no âmbito internacional de uma norma legitimadora que igualmente imponha ao Estado vínculos formais e materiais, o que tem conduzido a um abrandamento da soberania absoluta.

Tais instâncias produtoras e aplicadoras de direito (OTAN, OMC, Comissões de Arbitragens, entre outras) são produto de inter-referências da soberania e o direito por elas criado é igualmente hetero-produtivo, vale dizer, produzido a partir de várias vontades soberanas compartilhadas.

É nesse contexto que surge uma nova constelação: a imprimida pela jurisdição complementar do Tribunal Penal Internacional – TPI, produto da atuação inter-referente da soberania, criando um sistema normativo garantidor totalmente hetero-produtivo, isto é, um sistema normativo criado em decorrência exclusivamente do compartilhamento da soberania de cada Estado, que, ao invés de a amesquinhar, a efetiva.

Esta compreensão do Tribunal Penal Internacional enseja a completa compatibilidade de seu Estatuto com a Constituição brasileira, na medida em que o direito criado é hetero-produtivo em relação ao sistema jurídico pátrio. Significa dizer, avulta-se como instância normativa legitimada a impor vínculos formais e materiais porque erigida e operada sob a tutela da vontade soberana do Estado brasileiro. Isso permite a inter-referência da Constituição com o sistema normativo internacional de modo a ensejar a adequabilidade da pena de prisão perpétua e a imprescritibilidade dos crimes previstos no tratado; a entrega de nacionais e a inoponibilidade das prerrogativas de foro e de função. Sim, porque a vontade soberana do povo brasileiro quis

expressamente em sua Carta Política (ADCT: art. 7º)⁵⁹ que o Estado brasileiro participasse de um tribunal internacional de direitos humanos, cuja jurisdição é complementar, permitindo, que se submeta ao direito que não lhe é estranho, mas produto de sua vontade num espaço de compartilhamento de soberania em defesa da dignidade da pessoa humana que é o ideário da Constituição.

A análise do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional em face da Constituição brasileira, em razão dos núcleos de conflitos acima apresentados, tem ensejado a opinião de muitos no sentido de que existe incompatibilidade, pelo que o tratado não poderia estar incorporado ao sistema jurídico pátrio. Daí, para imprimir a adequação, propugnam por edição de emenda à Constituição.⁶⁰

A posição vazada por este viés vem indiscutivelmente amparada na visão dogmática tradicional de reduzir o direito à norma, sobretudo a norma escrita, não concebendo o direito como estrutura da sociedade⁶¹, ou seja, um sistema estruturante dotado de sentido a partir de inter-referências com outros sistemas sociais como o político e o econômico. Coloca-se, ao contrário, o direito numa clausura organizacional onde toda legitimidade e operacionalidade do

⁵⁹ Agora com o reforço desnecessário – aliás, como se viu, nocivo – encetado pelo § 4º acrescido ao art. 5º da Constituição pela Emenda Constitucional nº 45.

⁶⁰ Ilude-se, todavia, quem pensar que a circunstância da Constituição agora expressamente submeter o Estado brasileiro à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (§ 4º do art. 5º introduzido pela Emenda Constitucional nº 45) tenha resolvido todos os problemas aqui apresentados pertinentes aos núcleos de conflito. Continuam válidas as colocações antes feitas. Com efeito, continuo a indagar: Quem duvida que na primeira ocasião em que o Brasil tiver que entregar um nacional para ser julgado pelo Tribunal Penal Internacional, a questão não irá desaguar na Suprema Corte quando então se sustentará que o fato da Constituição ter submetido o Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional não significa que os direitos assegurados pela Carta aos nacionais, entre eles a vedação de extradição, não podem ser violados, nem mesmo pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional que não pode ser incorporado à Carta porque estaria suprimindo direito individual, atingindo, com isso, o núcleo material irredutível do Estado na forma expressa no art. 60, § 4º, IV? Ou equaciona-se a questão sob outro vertente para se admitir novos paradigmas nas concepções de direito e de soberania, ou, inquestionavelmente, dentro de um visão exclusivamente dogmática, terá que se admitir que o Estatuto do Tribunal Penal Internacional apenas poderá ser incorporado através de nova constituição, que afaste expressamente em relação à jurisdição do Tribunal Penal Internacional determinados direitos e garantias.

sistema decorreria dele próprio, ou seja, a partir de auto-referência, o que tornaria o sistema jurídico hermeticamente fechado, ou por outra, auto-produtivo ou autopoietico.

A abertura do direito, numa perspectiva mais atrelada à influência do interacionismo⁶² apropriada à *alopoiense jurídica*, legitima também este procedimento extradogmático em benefício do fortalecimento dos Direitos Humanos e, decorrentemente, da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro.

Rompe-se, nessa conformidade, a aporia entre direito e soberania abrindo-se espaço para inter-referência entre o Direito Constitucional, o Direito Internacional e as Relações Internacionais, quando se concebe a projeção da soberania em rede com a participação de novos agentes num espaço de inter-referências, a ponto mesmo de quebrar o monopólio estatal na criação e aplicação normativas, permitindo a aparecimento de sistemas normativos hetero-produtivos (a partir do compartilhamento de soberanias), de que é exemplo o Tribunal Penal Internacional - TPI.

Bobbio, enfrentando as duas grandes dicotomias que, segundo ele, predominam na teoria política: democracia-autocracia e paz-guerra, procede a um estudo das estruturas normativas que possam as mesmas encerrar para concluir que tanto a democracia quanto a autocracia revelam posições nômicas, ao passo que a guerra revelar-se-ia com um espaço idealmente anômico e o estabelecimento de relações que as formas nômicas teriam com a guerra-anomia, permitiria, enfim, divisar a existência de um círculo vicioso que pode assim ser formulado: “os Estados poderão se tornar democráticos apenas em uma sociedade internacional

⁶¹ Luhmann, Niklas. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 167.

⁶² Vide nota de rodapé nº 13.

completamente democratizada. Mas uma sociedade internacional completamente democratizada pressupõe que todos os Estados que a compõem sejam democráticos. A realização de um processo é obstaculizada pela não realização de outro.” (BOBBIO, 2002, pp. 187 – 207).

Efetivamente, como se admitir que os atores internacionais projetem condutas democratizadas na ordem internacional se internamente a prática revela veios laicizados do ideal democrático? A expansão hegemônica do poder estatal no plano externo encontra-se fortalecida por procedimentos que imprimem concentração de poder por ocasião das tomadas de decisão, distanciando os governados da vontade plasmada no ato de governo. A partir daí, o espaço aberto para o poder hegemônico, que se arvora em tudo poder, é sensivelmente considerável.

O contraponto, enfim, aponta para que “se quisermos ser salvos e efetuar uma contribuição substancial ao progresso do mundo, nosso caminho deve ser enfática e predominantemente o da paz⁶³. As veredas estão à vista... “partes afastadas do mundo podem entre si estabelecer relações pacíficas, as quais por fim se tornarão legais e públicas, podendo assim aproximar cada vez o género humano de uma constituição cosmopolita.” (KANT, 1995, pp. 137-138).

A expansão ascendente do poder, mercê de uma subsidiariedade-participativa, imprime o ritmo do vento em favor da democratização interna dos Estados. A tolerância, sob o enfoque do respeito à diversidade cultural e da interação multicivilizacional, permitindo a aproximação e a interação entre comunidades e governos não-centrais, aliada a uma concepção aberta de soberania desviada do eixo solipsista para propiciar cooperação, compartilhamento e

⁶³ GANDHI, Mahatma. In: As palavras de Gandhi. ATTENBOROUGH, Richard (org), Rio de Janeiro: Record, p. 103, apud CORRÊA (2004, p. 285).

integração em prol do desenvolvimento, além de ensejar a eficácia, no plano interno, dos preceitos supraconstitucionais consagradores dos direitos humanos, enseja, também, o ambiente propício para desviar a órbita do poder hegemônico, tudo em defesa da dignidade da pessoa humana e, quem sabe, coloca luz nos caminhos para a paz.

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício Leitão. Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica. In: **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco**. Recife: ESMAPE, junho/1996.

_____. Inautenticidade do pensamento dogmático na ciência do direito contemporâneo. In: **Revista da Ordem dos Advogados de Pernambuco**. Ano 25/26, nº 25/26. Recife: 1983/84.

BAHIA, Saulo José Cassali. O Tribunal Internacional Penal sob as perspectivas Internacional e brasileira. In: **Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia**. Justiça Federal. Ano 2, nº 2. Salvador: agosto de 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução. In: **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional**. Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: jul/set de 2001.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

_____. **O Futuro da Democracia**. 8ª ed., São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002.

BODIN, Jean. **Los Seis Libros de la República**. Caracas: Instituto de Estudios Políticos. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela, 1966.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BROTÓNS, Antonio Remiro. Pinochet: los limites de la impunidad. In: **Política Exterior**, vol. XII, nº 67, ene./feb. 1999.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio de Paulo. **O Poder de Celebrar Tratados. Competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. O Tribunal Internacional Penal e a Constituição Brasileira. In: **O que é o Tribunal Penal Internacional?** Câmara de Deputados. Série Ação Parlamentar, nº 110. Brasília, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CARRE DE MALBERG, Raymond. **Teoría General del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

CARROLL, Lewis. **Alice no País das Maravilhas**. Contada por Ruy Castro. São Paulo: Companhia das Letrinhas, 2002.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 1º Volume da série “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”, 6ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. **O Poder da Identidade**. 2º volume da série “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”. 3ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Pena de Prisão Perpétua. In: **Revista do CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, nº 11. Brasília: agosto de 2000.

CHACON, Vamireh. **Globalização e Estados Transnacionais. Relações Internacionais no século XXI**, São Paulo: Senac, Série Livre Pensar, vol. 14, 2002.

CORRÊA, Rossini. **Crítica da Razão Legal. Têmis contra Sofia**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

CROSSMAN, R. H. S. **Biografia do Estado Moderno**. São Paulo: Livraria Editora Ciências Humanas, 1980.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado**. São Paulo: Ed. Moderna, 1980.

DIRSCHERL, Klaus. **A paradiplomacia de Bavaria**. In <http://www.igadi.org/arquivo/tese03/a-paradiplomacia-de-bavaria.htm>, 01.7.03.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FEITOSA, Raymundo Juliano. Quinze anos da Constituição de 1988: O “fetichismo” como limite às possibilidades de concretização da Constituição Federal de 1988. In: **Constitucionalizando Direitos. 15 anos da Constituição brasileira de 1988**. SCAFF, Fernando Facury (org.). Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003.

_____. A Constituição Financeira como questão crucial no Direito Constitucional. In: **Revista de Direito Tributário**, nº 80. São Paulo, abr/jun 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno. Nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A revisão da doutrina democrática. In: **Problemas Brasileiros. Revista Mensal de Cultura**, ano XVII, nº 189. São Paulo: 1980.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2002.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição Brasileira**. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1953.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional. Ensaios Políticos**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Ed. Albatros, 1973.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

KRÄMER, Raimund. **Las relaciones transfederadas de los länder de Alemania Oriental. El caso de Brandeburgo**. In <http://www.cidob.es/Castellano/Publicaciones/Afers/kramer.html>, 11.7.03.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LESSA, José Vicente da Silva. A Paradiplomacia e os Aspectos Legais dos Compromissos Internacionais Celebrados por Governos Não-Centrais. In: **XLIV Cursos de Altos Estudos**. Ministério das Relações Exteriores. Instituto Rio Branco. Brasília: 2002 .

LIMA, Euzébio de Queiroz. **Teoria do Estado**. 8ª ed., Rio de Janeiro: A Casa do Livro, 1957.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Introducción a la Teoría de Sistemas**. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

_____. A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmir (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MAIA, Alexandre da. Autopoiese versus prática procedimental: o falso dilema do Poder Judiciário. In: **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco**, v.4, nº 9, Recife: jan/jun 1999.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Círculo do Livro S.A., 1987.

MATHIAS, Carlos Fernando. O Direito Nacional e o Direito de Integração. In: **Revista do Tribunal Regional da 1ª Região**, vol. 7, nº 4. Brasília, out/dez de 1995.

_____. Ponto Final. In: **Caderno Direito e Justiça**. Brasília: Correio Braziliense, edição de 09 de junho de 1997.

MATURANA, Humberto R. e VARELA, Francisco J. **A Árvore do Conhecimento. As bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MORGENNTHAU, Hans J. **A Política entre as Nações. A Luta pelo Poder e pela Paz**. São Paulo: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; e Brasília: UNB, 2003.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PEDROSA, Maria Bernardette Neves. **Estado de Direito e Segurança Nacional**. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da OAB. Curitiba: 1978.

PIOVESAN, Flávia. Princípio da Complementaridade e Soberania. In: **Revista do CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, nº. 11. Brasília: agosto de 2000.

REIS, Antônio Carlos Palhares Moreira. **O Estado e seu Ordenamento Jurídico**. 3º vol. da série “Os Fundamentos da Ciência Política”. Recife: Ed. UFPE, 1975.

REZEK, Francisco. Princípio da Complementaridade e Soberania. In: **Revista do CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, nº. 11. Brasília: agosto de 2000.

_____. O Novo Tribunal Penal Internacional. In: **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, nº 12, ano 15. Brasília: dezembro de 2003.

ROBLEDO, Antonio Gómes. Ius cogens y ius naturale. In: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, ano XVII, nº 50, Instituto de Investigações Jurídicas: Universidad Nacional Autónoma do México: mayo/ago.1984.

SABOIA, Gilberto Vergne. A criação do Tribunal Penal Internacional. In: **Revista do CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, nº 11, Brasília, agosto de 2000.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O Pequeno Príncipe**. Rio de Janeiro, Agir, 2002.

SALDANHA, Nelson. **Estado de Direito, Liberdades e Garantia**. Recife: Ed. UFPE, 1980.

SALGADO, Argimiro Rojo. La Regionalizacion de la Union Europea: balace y perspectivas. In: **Seminário sobre “La participación de las Regiones en el proceso decisorio de la Union Europea”**. Servilla, 20 y 21 de junio de 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1992.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma!. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE**, nº 7, Recife: Ed. UFPE, 1995, p.251, separata do *Internacional Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, traduzida por João Maurício Adeodato.

STEINER, Sylvia Helena F. O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição brasileira. In: **O que é o Tribunal Penal Internacional?** Câmara dos Deputados. Série Ação Parlamentar, nº 110. Brasília, 2000.

ZUBIRI, Alexander Ugalde. **La acción exterior del Gobierno Vasco hacia Europa**. In <http://suse00.su.ehu.es/euskonews/0139zbk/gaia13904es.html>, 17.7.03.